شرح الجامع الصغير

(في الفقه الحنفيّ)

مكتبة إسماعيل للنشر والتوزيع
- بريطانيا -

دار الإمام أبي حنيفة
IRSHAD CENTRE FOR HANAFI STUDIES

اسم الكتاب: شرح الجامع الصغير

تأليف: الإمام عبد الغفور بن لقمان الكردي

دراسة وتحقيق: وائل بن أحمد بن رمضان الهمص - فالح مطلق طلق العازمي

ISBN: 978-1-915350-24-4 | 17×24

الطبعة الأولى
١٤٤٥هـ/٢٠٢٣م

شرح الجامع الصغير

(في الفقه الحنفيّ)

للإمام عبد الغفور بن لقمان الكردري (ت ٥٦٢ هـ)

يطبع لأول مرة عن نسخة خطية فريدة

دراسة وتحقيق

د. وائل بن أحمد بن رمضان الحمص   د. فالح مطلق طلق العازمي

راجعه وأشرف على طباعته

د. أبو سهل محمد سعد شيخ رحمت الله

المجلد الثاني

دار الإمام أبي حنيفة

IRSHAD CENTRE FOR HANAFI STUDIES

مكتبة إسماعيل - بريطانيا -

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

كتاب النكاح[1]

أحدها: معرفة معناه وضعـًا وشرعـًا، فمعناه الوضعي الضَّمَّة، قال المتنبي:

أنكحتُ صُمَّ حصاها خُفَّ يَعْمَلَة   تَغَشْمَرَت بي إليك السهل والجبلا[2][3]

أي ضممتُ خُفَّ يَعْمَلَة إلى صُمِّ الحصا.

وفي الشرع: يستعمل للوطء؛ لما فيه من الضم الحقيقي، قال تعالى: ﴿ٱلزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً﴾[4]، أي لا يطأ إلا زانية[5]. ويستعمل للعقد؛ لما فيه من الضم الحكمي، فإن الشخصين يصيران كشخص واحد في حق القيام بمصالح النكاح[6].

وصف النكاح

والثاني: في وصفه، ووصفه كونه مشروعـًا باختلاف بين العلماء، واختلفوا فيما وراءه، قال أصحاب الظواهر: هو فرض عين تمسكـًا بظواهر الأوامر الواردة في الكتاب والسنة[7]. وقال الشافعي: هو مباح نظراً إلى ذاته، فإنه عقد معاملة فأشبه التجارة[8]. واختلف أصحابنا فيما بينهم، فقال بعضهم: واجب

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٠.

(٢) انظر: ديوان المتنبي ص١٨.

(٣) أنكحتُ: أي ضممت. صُم: جمع أصم، وهو الصخر الذي لا خرق فيه ولا صدع. اليَعْمَلَة: الناقة القوية النجيبة المطبوعة على العمل. تَغَشْمَرَت: أي تعسفت. ومعنى البيت: جمعت وضممت بين حجارة هذه المفازة وبين خف ناقة لي قوية مالت بي يميناً وشمالاً سهلاً وجبلاً. انظر: طلبة الطلبة ص٣٨، المغرب في ترتيب المعرب ص٤٧٣.

(٤) سورة النور الآية رقم: ٣.

(٥) انظر: تفسير الطبري (١٩/ ٩٩)، الجامع لأحكام القرآن (١٢/ ١٦٧).

(٦) انظر: تبيين الحقائق (٢/ ٩٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣)، البحر الرائق (٣/ ٨٣).

(٧) انظر: المحلى (٩/ ٣).

(٨) عند الشافعية: المذهب جواز النكاح وإباحته، ويستحب النكاح لمن احتاج إليه ويجد مؤنته.=

عين كالوتر تمسكاً بظواهر الأوامر، وقال بعضهم: واجب على سبيل الكفاية، والصحيح أنه مندوب إليه لا واجب، فإن جماعة من الصحابة تركوا النكاح مع القدرة عليه، فلم ينكر عليهم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولو كان واجباً لأنكر[1].

النكاح أفضل أم الانقطاع للعبادة؟

ثم اختلفوا في أن الاشتغال بالنكاح أفضل، أم التخلي لنفل العبادة ؟ فالجواب على التفصيل، إن كانت نفسه تواقة إلى النساء، وهو يقدر على القيام بمواجب النكاح، ويخاف إن لم يتزوج يقع في الزنا، فالاشتغال بالنكاح أفضل في حقه.وإن كانت نفسه لا تتوق إلى النساء، وهو يقدر على القيام بمواجب النكاح، لكن يغلب على ظنه أنه يخل بها، فالتخلي لنفل العبادة أفضل في حقه. وإن كانت نفسه لا تتوق، ولا يخاف الإخلال بمواجب النكاح، وهو بنفسه في ذلك، فالاشتغال بالنكاح مع أداء الفرائض والواجبات والسنن أفضل في حقه من التخلي لنفل / [١٠١/ أ] العبادة عندنا[2].وعند الشافعي التخلي لنفل العبادة أفضل؛ لأنه سبب للعبادة، والاشتغال بالنكاح سبب للمعاملة، فكان الاشتغال بالعبادة أولى[3].ولنا: أن التخلي سبب للعبادة النافلة، والاشتغال بالنكاح سبب لتحصيل الفرائض، والواجبات، والسنن، والنوافل، من نفسه، ومن غيره، بواسطة الإنفاق على الضعيفة، وواسطة حصول الأولاد العُبَّاد القائمين بمصالح العباد وعمارة البلاد، وتحقيق مباهاة سيد العرب والعجم سائر الأمم

= انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٣)، نهاية المطلب (١٢/ ٢٥)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٩/ ١٠٩)، المجموع (١٦/ ١٢٥، ١٢٩)، مغني المحتاج (٤/ ٢٠٣).

(١) انظر: المبسوط (٤/ ١٩٣)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٢٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥).

(٢) انظر: المبسوط (٤/ ١٩٣)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٢٨)، تبيين الحقائق (٢/ ٩٤)، فتح القدير (٣/ ١٨٧)، البحر الرائق (٣/ ٨٦).

(٣) انظر: الوسيط في المذهب (٥/ ٢٥)، روضة الطالبين (٧/ ١٨)، عمدة السالك ص١٩٨، جواهر العقود (٢/ ٤)، مغني المحتاج (٤/ ٢٠٥).

على ما أخبر عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بقوله: «تناكحوا تكثروا، فإني أباهي بكم الأمم يوم القيامة، ولو بالسِّقْط[١]»[٢]، وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من تزوج فقد أحرز دينه وعَجَّ[٣] عنه شيطانه»[٤]، وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من تزوج فقد حصن نصف دينه، ألا فليتق الله في النصف الباقي»[٥]، وما هو سبب للفريضة فهو أفضل مما هو سبب النافلة، فكيف ما هو سبب للفرائض، والواجبات، والنوافل، والسنن، منه ومن غيره[٦].

---

(١) السِّقْط: هو الولد كان ذكراً أو أنثى يسقط قبل تمامه من بطن أمه. انظر: المصباح المنير (١/ ٢٨٠).

(٢) ذكره البيهقي في معرفة السنن والآثار عن الشافعي أنه بلغه، كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح، (١٠/ ١٦).قال العراقي: أخرجه أبو بكر بن مردويه في تفسيره من حديث ابن عمر دون قوله: «حتى بالسقط»، وإسناده ضعيف، وذكره بهذه الزيادة البيهقي في المعرفة عن الشافعي أنه بلغه. وضعف ابن حجر إسناده أيضاً. انظر: المغني عن حمل الأسفار ص٤٥٦، التلخيص الحبير (٣/ ٢٤٨).

(٣) العَج: رفع الصوت، كما يطلق على الإعراض والصدود مع رفع الصوت، يقال: عجَّ عنه أي أعرض وصد عنه وهو رافع صوته، وهو المراد هنا. انظر: مختار الصحاح ص٢٠٠، تاج العروس (٨/ ٢٦٧).

(٤) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وأخرج أبو يعلى في مسنده، والطبراني في الأوسط عن جابر بن عبد الله رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا قال: قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أيما شاب تزوج في حداثة سنه عَجَّ شيطانه: يا ويله يا ويله عصم مني دينه». ومعنى عَجَّ هنا: صاح ورفع صوته. وقد روى هذا الحديث ابن الجوزي في العلل المتناهية وأعله بخالد بن إسماعيل، ونقل عن ابن عدي أنه قال: خالد يضع الحديث. وقال الهيثمي: فيه خالد بن إسماعيل المخزومي وهو متروك. وقال الألباني: موضوع. انظر: مسند أبي يعلى (٤/ ٣٧)، المعجم الأوسط (٤/ ٣٧٥)، العلل المتناهية في الأحاديث الواهية (٢/ ١٢١)، مجمع الزوائد (٤/ ٢٥٣)، السلسة الضعيفة (٢/ ١١٣).

(٥) أخرجه الطبراني في الأوسط عن أنس بن مالك رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من تزوج فقد استكمل نصف الإيمان، فليتق الله في النصف الباقي»، (٧/ ٣٣٢). قال الهيثمي: في إسناده ضعيفان. وحسنه الألباني. انظر: مجمع الزوائد (٤/ ٢٥٢)، السلسلة الصحيحة (٢/ ١٩٩).

(٦) انظر: المبسوط (٤/ ١٩٣)، تبيين الحقائق (٢/ ٩٤)، فتح القدير (٣/ ١٨٤، ١٨٨)، البحر الرائق (٣/ ٨٢).

ركن النكاح، واللفظ الذي ينعقد به

والثالث: في ركنه، وهو الإيجاب والقبول، وإنه يقوم في حق البعض بلفظين يعبر بهما عن الماضي، وهو قوله: زَوَّجْتُ، وتَزَوَّجْتُ، وما بمعناهما. وكذلك بلفظين أحدهما يعبر به عن المستقبل نحو قوله: زَوِّجِينِي نفسك، فتقول: زَوَّجْت.

ولا ينعقد بلفظين أحدهما استفهام، نحو أن يقول: هل زَوَّجْتِـنِي نفسك، فتقول: زَوَّجْت.

وكذا كل لفظ ينبي عن تمليك العين عند بعض أصحابنا، كلفظ البيع، والهبة، والصدقة، ولا ينعقد بلفظة تنبي عن تمليك المنافع، كالإجارة، والإعارة، فإن منافع البُضْع وإن كانت منافع حقيقية لكنها ألحقت بالأجزاء والأعيان، فلا تملك إلا بلفظة تنبي عن تمليك الأعيان[١]. وعن أبي الحسن الكرخي أنه ينعقد بلفظة تنبي عن التمليك، سواء كان تمليك عين أو تمليك منفعة[٢]. فعلى قوله ينعقد بلفظ الإجارة والإعارة، وأما بلفظ الوصية فلا ينعقد[٣]. وعن الكرخي رَحِمَهُ اللَّهُ إن قال: أوصيت لك بابنتي الآن، ينعقد؛ لأن الوصية تنبي عن التمليك، وإن قال: أوصيت لك بابنتي مطلقاً، لا ينعقد؛ لأن مطلقها ينصرف إلى ما بعد الموت، والنكاح بعد الموت لا يصح[٤].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٢٩-٢٣١)، تبيين الحقائق (٢/ ٩٥-٩٦)، الجوهرة النيرة (٢/ ٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦-١٢)، فتح القدير (٣/ ١٨٩)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٩).

(٢) انظر: المبسوط (٥/ ٦١)، تحفة الفقهاء (٢/ ١١٩)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٣٠)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٠)، فتح القدير (٣/ ١٩٦).

(٣) انظر: المبسوط (٥/ ٦١)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٠).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٣١)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٢).

ولا ينعقد بلفظة الإحلال، والتحليل، والإباحة، والتمتع، نحو أن يقول: أتمتع بك شهراً بعشرة دراهم؛ لأنه منسوخ[١]. أما إذا قال: تزوجتك شهراً بعشرة دراهم لا يجوز عندنا، وعند زفر يجوز ويبطل الشرط؛ لأنه شرط باطل، فيلغو ذكره. ولنا: أنه بمعنى المتعة المنسوخة، فلا ينعقد[٢].

ولا يجوز مضافاً إلى وقت في المستقبل، نحو أن يقول: زوجتك ابنتي غداً، ولا تعليقه بالشرط، نحو أن/ [١٠١/ ب] يقول: إن جاء غد فقد زوجتك ابنتي[٣].

ويقوم بلفظ واحد في حق البعض، نحو أن يكون ولياً من الجانبين، أو وكيلاً من الجانبين، أو أصيلاً من جانب وكيلاً من آخر، فيقول: زوجت هذا من هذه فيجوز[٤].

وعند الشافعي لا ينعقد إلا بلفظة النكاح[٥] والتزويج. له: أن ملك النكاح مشترك بين الزوجين، فلا يستفاد إلا بلفظ ينبي عنه، وهو لفظ الإنكاح والتزويج[٦]. ولنا: أن ملك النكاح ليس بمشترك بينهما، فإنه عبارة عن الاختصاص بالاستمتاع بالمحل اختصاصاً حاجزاً عن إشراك الغير، وإنه لا

(١) انظر: المبسوط (٥/ ٦١)، تحفة الفقهاء (٢/ ١١٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٢).
(٢) انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ١١٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٥).
(٣) انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ١١٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٨).
(٤) انظر: المبسوط (٥/ ١٧)، تبيين الحقائق (٢/ ١٣٢-١٣٣)، الجوهرة النيرة (٢/ ٢).
(٥) هكذا كتبها الناسخ: (النكاح)، وهكذا ذكرها بعض الشافعية مثل صاحب الحاوي والبيان وغيرهما، وذكر آخرون (الإنكاح) بدل (النكاح) مثل صاحب النهاية وروضة الطالبين وغيرهما. انظر: الحاوي الكبير (٩/ ١٥٨)، نهاية المطلب (١٢/ ١٧٠)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٩/ ٢٣٣)، روضة الطالبين (٧/ ٣٦).
(٦) انظر: الحاوي الكبير (٩/ ١٥٨)، نهاية المطلب (١٢/ ١٧٠)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٩/ ٢٣٣)، روضة الطالبين (٧/ ٣٦)، مغني المحتاج (٤/ ٢٢٧).

يقبل الشركة، فيستفاد بكل لفظ ينبي عن ثبوت الملك، ولفظة البيع والهبة تنبي عن التمليك، وقد صدر عن الأهل مضافاً إلى المحل، وله ولاية عليه، فيفيد الملك، فإذا ثبت الملك يثبت الانضمام والازدواج ضرورة؛ لأنه لا يثبت بدونهما، ألا ترى أنه إذا عقد النكاح بلفظة الإنكاح والتزويج يثبت الانضمام والازدواج مقتضى اللفظ، ثم يثبت الملك ضرورة[١].

شرط انعقاد النكاح

والرابع: في شرط انعقاده، فشرط انعقاده الأهلية، والمحلية، والولاية عند البعض، وحضرة الشهود.

فالأهلية: هي القدرة؛ لأن أَهْل الشيء من يكون قادراً عليه، والقدرة الحقيقية تثبت بالعقل المميز واللسان الناطق، [فإن العقل][٢] يميز بين تصرف وتصرف، وباللسان الناطق يحصله. والقدرة الشرعية تثبت بإطلاق الشارع، وإنه يعتمد القدرة الحقيقية، فإن الشارع لا يطلق العاجز في الفعل. والبلوغ عن عقل[٣]، فإنه لا يطلق الصبي في تزويج نفسه وإن كان عاقلاً؛ لأنه ألحق عقله بالعدم؛ نظراً له في حق تصرفات دائرة بين الضر والنفع[٤]. والحرية[٥]، فإنه لا يطلق المملوك والمملوكة في تزويج أنفسهما بغير إذن سيدهما[٦]. والمحلية تثبت بكونها مُحَلَّلَة نكاحاً[٧]. والولاية تثبت بالملك، أو هي نفس الملك[٨].

---

(١) انظر: المبسوط (٥/ ٥٩)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٢٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٩-١١).
(٢) كتبها الناسخ: (فإن بالعقل)، وما أثبته يقتضيه السياق.
(٣) وهو الأمر الثاني الذي يجب توفره لتتحقق القدرة الشرعية، والأمر الأول: هو القدرة الحقيقية.
(٤) انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ١٢٠)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٣٣)، تبيين الحقائق (٢/ ٩٥).
(٥) وهو الأمر الثالث الذي يجب توفره لتتحقق القدرة الشرعية.
(٦) انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ١٢٠)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٣٣)، تبيين الحقائق (٢/ ٩٥).
(٧) أي لا يوجد هناك ما يمنع من نكاحها. انظر: تبيين الحقائق (٢/ ٩٥)، البحر الرائق (٣/ ٨٣).
(٨) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٣٧)، فتح القدير (٣/ ٢٥٥).

وحضرة الشهود؛ لقوله صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ: «لا نكاح إلا بشهود»[١]، نفى وجود النكاح الشرعي إلا بحضرة الشهود[٢]، والاستثناء من النفي إثبات.

ما يشترط في الشهود وما لا يشترط

ويشترط فيهم ثمانية، أحدها: العقل، فإنه لا ينعقد بحضرة مجنونين[٣]. والثاني: البلوغ، فإنه لا ينعقد بحضرة صبيين[٤]. والثالث: الحرية، فإنه لا ينعقد بحضرة مملوكين[٥]. والرابع: الإسلام، فإن نكاح المسلمين لا ينعقد بحضرة كافرين، ذِمِّيَّيْن كانا أو غير ذِمِّيَّيْن[٦]. والخامس: العدد، فإنه لا ينعقد بحضرة شاهد واحد[٧]. والسادس: أن يكونا غير العاقدين[٨]؛ لقوله صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ: «كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح، الخاطب، والولي، وشاهدا عدل»[٩].

---

(١) قال الزيلعي: غريب بهذا اللفظ. وقال ابن حجر: لم أره بهذا اللفظ. وأخرج ابن حبان في صحيحه عن عائشة رَضِيَٱللَّهُعَنۡهَا أن رسول الله صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ قال: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل، فإن تشاجروا، فالسلطان ولي من لا ولي له»، كتاب النكاح، باب الولي، (٩/ ٣٨٦). وصححه الألباني. انظر: نصب الراية (٣/ ١٦٧)، الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ٥٥)، إرواء الغليل (٦/ ٢٥٨).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٥٢)، تبيين الحقائق (٢/ ٩٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٢).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٥٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٣).

(٤) انظر: المرجع السابق.

(٥) انظر: المرجع السابق.

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٥٣)، المحيط البرهاني (٣/ ٢٨).

(٧) انظر: المبسوط (٥/ ٣٥)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٥٥).

(٨) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٥٥).

(٩) لم أقف على من خرجه، وذُكِر في بعض كتب الفقه، فعند الحنفية ذكره صاحب المبسوط (٥/ ١١)، وأبو حفص الحنفي في الغرة المنيفة، وقال: هذا الحديث ضعيف؛ لأن فيه أبا الخصيب، ص١٣٥، وصاحب فتح القدير (٣/ ٣٠٦)، وعند الشافعية ذكره صاحب الحاوي الكبير (٩/ ٤٢)، وصاحب المهذب (٢/ ٤٣١)، وصاحب البيان في فقه الإمام الشافعي (٩/ ١٨٨)، وعند الحنابلة ذكره صاحب المغني، وقال: لا نعرف صحته، (٧/ ٢٥).

والسابع: سماعهما كلام المتعاقدين، حتى إنه / [١٠٢/أ] لا ينعقد بحضرة أَصَمَّيْن، ولا سميعين لم يسمعا شطري العقد(١).

والثامن: أن يحيطا علماً بكونه كلام المتعاقدين، حتى إنهما إذا سمعا من وراء ستر، أو جدار، ومع العاقدين جماعة لم يجز ما لم يرياهما(٢).

ولا يشترط فيهما ستة: العدالة، حتى إن النكاح ينعقد بحضرة فاسقين عندنا(٣)، خلافاً للشافعي(٤).وظهور العدالة؛ لأن أصل العدالة ليس بشرط، فظهورهما أولى، حتى إنه ينعقد بحضرة مستوري الحال(٥).وأن لا يكونا محدودين في قذف، حتى إنه ينعقد بحضرة محدودين في قذف(٦).والذكورة، حتى إنه ينعقد بحضرة رجل وامرأتين عندنا(٧)، خلافاً للشافعي(٨).والبصر، حتى إنه ينعقد بحضرة أَعْمَيَيْن(٩).وعدم الولاد، حتى إنه ينعقد بحضرة ابني الزوج، أو ابني المرأة، أو يكون أحدهما ابن الزوج والآخر ابن المرأة(١٠).

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٥٥)، المحيط البرهاني (٣/ ٢٨)، تبيين الحقائق (٢/ ٩٩).

(٢) انظر: المرجع السابق.

(٣) انظر: المبسوط (٥/ ٣١)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٥٥)، تبيين الحقائق (٢/ ٩٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٤).

(٤) انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٦٠)، نهاية المطلب (١٢/ ٥٢)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٩/ ٢٢١).

(٥) انظر: المبسوط (٥/ ٣١)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٥٥)، تبيين الحقائق (٢/ ٩٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٤).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٥٥)، تبيين الحقائق (٢/ ٩٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٢).

(٧) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٥٥)، تبيين الحقائق (٢/ ٩٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٤).

(٨) انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٥٩)، المهذب في فقه الإمام الشافعي (٢/ ٤٣٦)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٩/ ٢٢١)، مغني المحتاج (٤/ ٢٣٥).

(٩) انظر: المبسوط (٥/ ٣٢)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٥٥)، تبيين الحقائق (٢/ ٩٨).

(١٠) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٥٥)، تبيين الحقائق (٢/ ٩٨)، الجوهرة النيرة (٢/ ٣)، البناية (٥/ ١٥، ١٧).

فمتى صدر ركن العقد مستجمعـًا شرائط انعقاده ينعقد، أي يوجد شرعـًا؛ لأن قيام التصرف بالأهل، وقيام حكمه بالمحل، فإذا وَجَدَ التصرف ما يقوم بنفسه وبحكمه، يوجد بنفسه وبحكمه، حقيقيًا كان أو شرعيًا، إلا أن في التصرف الحقيقي تعتبر الأهلية الحقيقية والمحل الحقيقي، [و][1] في التصرف الشرعي تعتبر الأهلية شرعـًا والمحلية شرعـًا.

لو زوجت الحرة البالغة العاقلة نفسها

والذكورة ليست من الأهلية في شيء عندنا[2]، خلافـًا للشافعي[3]، حتى إن الحرة البالغة العاقلة، إذا زوجت نفسها، من كفء، بمهر مثلها، بإذن وليها، جاز ولزم عندنا[4]، خلافـًا للشافعي؛ لأن عنده المرأة ليست بأهل لعقد النكاح، فلا ينعقد النكاح بعبارتها[5]. وإن زوجت نفسها، من كفء، بمهر مثلها، أو زوجها وكيلها، بغير إذن الولي، جاز عند أبي حنيفة ولزم، وهو قول أبي يوسف الأول، وفي قوله الأخير، وهو قول محمد، ينعقد ولا يلزم حتى يجيزه الولي. ولنا: أن ركن العقد صدر من أهله مستجمعـًا شرائط صحته فينعقد[6].

---

(١) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٢) سبق معنا أن الحنفية يعتبرون العقل، والبلوغ، والحرية لتحقق الأهلية، أما الذكورة فليست معتبرة عندهم. انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ١٢٠)، تبيين الحقائق (٢/ ٩٥)، فتح القدير مع العناية (٣/ ١٨٧)، البحر الرائق (٣/ ٨٣).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٣٨)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٩/ ١٥٢)، جواهر العقود (٢/ ١٢).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٤٧)، المحيط البرهاني (٣/ ٤٦).

(٥) انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٣٨)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٩/ ١٥٢)، جواهر العقود (٢/ ١٢).

(٦) انظر: المبسوط (٥/ ١٠)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٤٧)، تبيين الحقائق (٢/ ١١٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ٧٠).

شرط جواز النكاح

والخامس: في شرط جوازه، فشرط جوازه: المهر، والكفاءة، ورضا الولي، ورضا من يقع العقد له[1].فمتى صدر ركن العقد مستجمعاً شرائط انعقاده وجوازه ينعقد ويجوز، فيثبت حكمه، وحكمه ملك النكاح، وقد ذكرنا تفسيره.

مسألة: رضا المنكوحة

وفتح الكتاب بمسائل تنبني معرفتها على معرفة شرط الجواز، فقال: «بكر قال لها وليها: أن فلاناً يذكرك، فسكتت، فزوجها، ثم قالت: لا أرضى، فالنكاح جائز، وإن قال لها ذلك غير الولي، أو ولي غيره أقرب منه، لا يكون رضاً حتى تتكلم به»[2].وأراد بالبكر: البالغة؛ لأن غير البالغة/ [١٠٢/ ب] ليست أهلًا للاستئمار.

وإنما قال: يذكرك ولم يقل يخطبك؛ تبركاً بلفظ المصطفى ﷺ، فإنه لما أراد أن يزوج فاطمة الزهراء من علي المرتضى دنا من خدرها، وقال: «إن علياً يذكر فاطمة»، فسكتت فزوجها[3].

وهذه المسألة وما بعدها إلى [نهاية][4] الباب، معرفتها مبنية على معرفة البِكر والثيب، وحكميهما، والولي وأنواعه.

---

(١) انظر: المبسوط (٥/ ١٠٧)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٣٣، ٢٧٤، ٣١٧)، تبيين الحقائق (٢/ ١١٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ٧٠، ٨٠، ١٠٧، ١٣٠).

(٢) الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٠.

(٣) أخرجه ابن سعد في الطبقات مرسلًا عن عطاء (٨/ ٢٠).وأخرج أحمد في مسنده (٤١/ ٤٢)، عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: «كان رسول الله ﷺ إذا أراد أن يزوج شيئاً من بناته، جلس إلى خدرها فقال: إن فلاناً يذكر فلانة، يسميها ويسمي الرجل الذي يذكرها، فإن هي سكتت زوجها، وإن كرهت نقرت الستر، فإذا نقرته لم يزوجها».قال الهيثمي: فيه أيوب بن عتبة، وهو ضعيف، وقد وُثِّق.وقال البوصيري: له شاهد من حديث أبي هريرة رواه البزار في مسنده بسند رجاله ثقات.وقال الألباني: الحديث صحيح بمجموع طرقه.انظر: مجمع الزوائد (٤/ ٢٧٧)، إتحاف الخيرة المهرة (٤/ ٣٤)، السلسلة الصحيحة (٦/ ١١٦٨).

(٤) سقط، يقتضيه سياق الكلام، ويدل عليه أيضاً المسائل التي وردت في هذا الباب، وهو باب في تزويج البكر والصغيرين.انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٠.

معنى البكر والثيب

فالبِكر: اسم لأنثى من بني آدم، مصيبها أول مصيب، مأخوذة من باكورة الثمار، وبكرة النهار[١].

والثيب: اسم لأنثى من بني آدم، مصيبها عائد إليها، مأخذه من ثابت نفسه إذا عادت إليه[٢]، ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِذۡ جَعَلۡنَا ٱلۡبَيۡتَ مَثَابَةً لِّلنَّاسِ﴾[٣]، أي معاداً يعودون إليه كل سنة[٤].

الإذن بقبض المهر

وحكم البكر أن يلي الأب قبض مهرها، بدون الإفصاح بالإذن، ما لم تنهه عن ذلك؛ لأن الإذن بالقبض منها ثابت عرفاً، فإذا صرحت بالنهي يبطل؛ لأنه لا قوام للدلالة مع الصريح[٥][٦].

ولا يلي قبض مهر ابنته الثيب ما لم تفصح بالإذن؛ لأن [الإذن][٧] لم يوجد لا صريحاً ولا دلالة[٨].

---

(١) انظر: طلبة الطلبة ص٤٠، المغرب في ترتيب المعرب ص٤٩، المصباح المنير (١/ ٥٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ٨٦).
(٢) انظر: طلبة الطلبة ص٤٠، البناية شرح الهداية (٥/ ٨٧).
(٣) سورة البقرة الآية رقم: ١٢٥.
(٤) انظر: تفسير الطبري (٢/ ٢٥)، الجامع لأحكام القرآن (٢/ ١١٠).
(٥) هذه قاعدة فقهية وردت في كتب الحنفية بهذا اللفظ، وبألفاظ أخرى قريبة منها، من ذلك قولهم: لا تعتبر الدلالة مع الصريح، لا قوام للدلالة مع الصريح والنص، الصريح يفوت الدلالة.انظر: بدائع الصنائع (٢/ ١٢)، كشف الأسرار (٢/ ٢٧٠)، فتح القدير (٣/ ٢٦٣)، ترتيب اللآلي في سلك الأمالي (٢/ ٧٨٧)، تكملة البحر الرائق (٨/ ٤٧)، النافع الكبير ص٢٢٨.
(٦) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٤٠)، تبيين الحقائق (٢/ ١١٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ٨١).
(٧) سقط، يقتضيه سياق الكلام.
(٨) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٤٠، ٢٤٤)، الجوهرة النيرة (٢/ ٧)، البحر الرائق (٣/ ١١٨).

وحكم البكر أيضاً أن لا تستنطق، ويكتفى بسكوتها عن نطقها(١)؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «تستأمر البكر في نفسها، فإن سكتت فقد رضيت»(٢)، والثيب تستنطق، ولا يكتفى بسكوتها(٣)؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الثيب تشاور»(٤).

لو زالت بكارتها لسبب

فإن زالت بكارتها بطَفْرَة(٥)، أو حيضة، أو نحوهما، فهي بكر يكتفى بسكوتها؛ لأن مصيبها أول مصيب(٦).

وإن زالت بكارتها بوطء يثبت به النسب فهي ثيب؛ لأن مصيبها عائد إليها، فلا يكتفى بسكوتها(٧).

---

(١) انظر: المبسوط (٤/ ١٩٦)، (٥/ ٢)، تبيين الحقائق (٢/ ١١٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ٨١).

(٢) قال الزيلعي: غريب بهذا اللفظ.وقال ابن حجر: لم أره بهذا اللفظ.وأخرج البخاري ومسلم عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن» قالوا: يا رسول الله، وكيف إذنها ؟ قال: «أن تسكت».انظر: صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لا يُنكِح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، (٧/ ١٧)، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، (٢/ ١٠٣٦)، نصب الراية (٣/ ١٩٤)، الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ٦٢).

(٣) انظر: المبسوط (٤/ ١٩٦)، تبيين الحقائق (٢/ ١١٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٨٦).

(٤) قال الزيلعي: غريب بهذا اللفظ.وقال ابن حجر: لم أره بهذا اللفظ.قلت: أخرجه أحمد في مسنده (١٢/ ٣٣) من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البكر تستأمر، والثيب تشاور»، قيل: يا رسول الله، إن البكر تستحي قال: «سكوتها رضاها».قال شعيب الأرناؤوط في تعليقه على هذا الحديث: الحديث صحيح، وإسناده حسن.

(٥) الطَّفْرَة: هي الوثبة من تحت إلى فوق، عكس النَّطَّة وهي الوثبة من فوق إلى تحت.انظر: المغرب في ترتيب المعرب ص٢٩١، المصباح المنير (٢/ ٣٧٤)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٦٣).

(٦) انظر: المبسوط (٥/ ٨)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٤٤)، تبيين الحقائق (٢/ ١١٩)، الجوهرة النيرة (٢/ ٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ٨٦)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٦٣).

(٧) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٤٤)، تبيين الحقائق (٢/ ١٢٠)، البناية شرح الهداية (٥/ ٨٨).

وإن زالت بكارتها بالفجور، يكتفى بسكوتها عند أبي حنيفة، خلافًا لصاحبيه والشافعي[(١)] لهم: أن هذه ثيب؛ لأن مصيبها عائد إليها، فدخلت تحت قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الثيب تشاور».ولنا: أن هذه شاركت البكر في المعنى الداعي إلى وضع النطق والاكتفاء بالسكوت وهو الحياء، فتشاركها في الحكم، وهو الاكتفاء بالسكوت، آية [أنه][(٢)] كذلك: أن الحياء معنى يناسب الحكم؛ لأنه يعجزها عن النطق؛ لأنها متى أفصحت بالرضا تظهر رغبتها في الرجال في حال بكارتها، وإنه عيب فيما بين الناس، وهي تستحي من ظهور العيب، فيمنعها الحياء من النطق، فدعت الحاجة إلى إقامة السكوت مقام الرضا؛ لكيلا تفوت عليها مصالح النكاح، وهذا الحياء ثابت في حق هذه، بل أوفى، فإنها إذا نطقت تظهر رغبتها في الرجال في حال البكارة بطريق الفاحشة، وإنه في كونه عيبًا فوق ظهور الرغبة بطريق مشروع، وهذا المعنى معدوم في حق الغلام والثيب، فلا يكتفى بسكوتهما[(٣)].

الأمور التي لا يكون السكوت رضا بدونها

وإنما يكون / [١٠٣/ أ] سكوتها رضًا بأمور، منها: أن تعلم بأصل النكاح[(٤)]، وتعلم بمن زوجها، وتعلم بكم زوجها؛ لأن الرضا مع الجهل لا يتحقق[(٥)(٦)]،

---

(١) انظر: نهاية المطلب (١٢/ ٤٣)، روضة الطالبين (٧/ ٥٤)، مغني المحتاج (٤/ ٢٤٧).

(٢) سقط، وهذه العبارة (آية أنه) كثيراً ما يوردها الشارح في شرحه.

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٤٤)، تبيين الحقائق (٢/ ١٢٠)، الجوهرة النيرة (٢/ ٧)، البناية (٥/ ٨٧).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٤٣)، الجوهرة النيرة (٢/ ٩)، البناية في شرح الهداية (٥/ ٩٧).

(٥) هذه قاعدة فقهية وردت عند الحنفية بعدة ألفاظ، منها: الرضا بالمجهول لغو، الرضا بالمجهول لا يتصور، الرضا بالمجهول لا يتحقق، الرضا بالمجهول لا يصح. انظر: المبسوط (١١/ ٢١٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ٨٤)، فتح القدير مع العناية (٦/ ١٩٣)، البحر الرائق (٣/ ١٣٩)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٧).

(٦) ذكر صاحب الهداية أن الصحيح أن تسمية المهر لا يشترط لتحقق الرضا. انظر: بدائع الصنائع=

وتعلم أن المزوج وليها[١]، وأنه زَوَّجَها من كفء بمهر مثلها؛ لأن سكوتها إنما جعل رضا؛ لمكان الحاجة، والحاجة إنما تمس إذا وجد التزويج من الولي بمهر المثل من كفء[٢]، وأن يكون سكوتها عقيب العلم بهذه الأشياء؛ لأن خيارها لا يمتد إلى آخر المجلس؛ لأنه ثبت بإثبات الشرع، بخلاف خيار المُخَيَّرَة[٣]، والمُعْتَقَة، حيث يمتد إلى آخر المجلس؛ لأنه ثبت بإثبات الزوج، وإثبات المولى في حق الأمة؛ لأنه حكم العتق، والعتق ثبت بإثباته، فكذا هذا، فيكون تمليكاً وجواب التمليك يقتصر على المجلس[٤].

من يحصل العلم بإخباره

وطريق علمها بهذه الأشياء إخبار الولي، أو إخبار رسوله، فإن أخبرها فُضولي[٥] يعتبر العدد أو العدالة في المخبر عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه لا يعتبر، كما لا يعتبر في حق الرسول.له: أن هذا الخبر يشبه الشهادة من وجه؛ لأنه يلزم الحكم كالشهادة، ولا يشبه من وجه من حيث أنه لا يفتقر إلى القضاء، فاشترطنا أحد شرطي الشهادة، وهو العدد أو العدالة[٦]، وعلى هذا الخلاف إذا

= (٢/ ٢٤٣)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ٩٣)، تبيين الحقائق (٢/ ١١٨-١١٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٨٤-٨٥).

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٠، البناية شرح الهداية (٥/ ٨٣).

(٢) انظر: تبيين الحقائق (٢/ ١١٩)، الجوهرة النيرة (٢/ ٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ٨٤).

(٣) المُخَيَّرَة: هي المرأة التي يجعل زوجها أمر الطلاق إليها، فإذا اختارت الطلاق وقع عليها. انظر: البناية شرح الهداية (٥/ ٩٩).

(٤) انظر: المبسوط (٤/ ٢١٦)، بدائع الصنائع (٢/ ٣١٦)، الجوهرة النيرة (٢/ ٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٩٨).

(٥) الفُضولي: لغة هو من يشتغل بما لا يعنيه.وشرعاً: من ليس بوكيل.انظر: المغرب في ترتيب المعرب ص٣٦٢، المصباح المنير (٢/ ٤٧٥)، كشاف اصطلاحات الفنون (٢/ ١٢٧٨).

(٦) انظر: الاختيار لتعليل المختار (٣/ ٩٢)، تبيين الحقائق (٢/ ١١٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٨٥).

أخبر الشفيع ببيع الدار، أو الوكيل بالعزل، أو مولى العبد الجاني بجانيته، فهو على هذا(١).

وأما علمها بثبوت الخيار فليس بشرط؛ لأن هذا جهل في غير موضعه؛ لأن الحرة قادرة على التعلم، فإذا تركت التعلم كان الجهل بتقصير منها فلا تعذر، بخلاف المعتقة إذا لم تعلم بثبوت الخيار لها حيث تعذر؛ لأن جهلها في موضعه؛ لأنها مشغولة بخدمة السيد لا تتفرغ للتعلم(٢).

الولاية وأنواعها

والولي من له ولاية التزويج، وإنها تتنوع إلى: ولاية جبر، وإلى ولاية ندب(٣). ونعني بولاية [الندب](٤): أنه لا يملك تزويجها إلا برضاها وإذنها، وهذه الولاية تثبت في حق البالغ العاقل، حتى إن الأب لا يملك إجبار البكر البالغة على النكاح عندنا، وعند الشافعي يملك(٥)، وهو محجوج بما روينا من الأخبار عن المختار صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فإنه ما أهدر رضاها، بل أقام سكوتها مقام إفصاحها بالرضا في الدلالة على الرضا؛ لعلة الحياء(٦). ونعني بولاية الجبر: أنه يملك تزويجها بغير

---

(١) في كل هذا يشترط العدد أو العدالة عن أبي حنيفة خلافا لصاحبيه. انظر: تبيين الحقائق (٢/ ١١٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٨٥).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٣١٦)، تبيين الحقائق (٢/ ١٢٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٩٧).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٤١)، فتح القدير (٣/ ٢٥٥)، البحر الرائق (٣/ ١١٧)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٥).

(٤) كتبها الناسخ: (البدن)، وهو تصحيف.

(٥) عند الشافعية: يملك الأب والجد عند فقد الأب إجبار البكر البالغة على النكاح. انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٥٢)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٩/ ١٧٨)، روضة الطالبين (٧/ ٥٣).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٤١)، تبيين الحقائق (٢/ ١١٨)، الجوهرة النيرة (٢/ ٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ٨٠)، النافع الكبير شرح الجامع الصغير ص١٧٠.

رضاها، وهذه الولاية تثبت في حق الصغير والصغيرة؛ لأنهما ليسا بأهل للرضا، ومن بمعناهما كالمجنون والمجنونة، وكذا في حق المملوك والمملوكة[١]، فإن المولى يملك إجبار أمته على النكاح بالإجماع[٢]، ويملك إجبار عبده عليه عندنا[٣]، خلافاً للشافعي[٤].

وهذه تتنوع إلى ولاية كاملة، / [١٠٣/ب] وهي ولاية التنفيذ والإلزام، وإنها تثبت للأب حال وجوده، والجد عند عدمه، ولا تثبت في حق غيرهما، وسبب ثبوت هذه الولاية الشفقة الكاملة والرأي الكامل؛ لأن الشفقة تحمله على النظر، وبالرأي الكامل يقرر، والشفقة الكاملة تعرف بدليلها، وهي قرب القرابة، والرأي الكامل [يعرف][٥] بدليله، وهو البلوغ عن عقل، والحكم يتعلق بدليلهما لا بحقيقتهما[٦].

شرط الولاية على المولى عليه

وشرط الولاية في حق المولى عليه حاجته إلى تحصيل النظر مع عجزه عن تحصيله بنفسه لنفسه[٧].وفي حق الولي البلوغ عن عقل، والحرية، حتى إن العبد لا يملك تزويج الصغيرة، والإسلام حتى إن الكافر لا يملك تزويج ابنته

(١) انظر: البدائع (٢/ ٢٤١)، فتح القدير (٣/ ٢٥٥)، البحر الرائق (٣/ ١١٧)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٥).

(٢) انظر: موسوعة الإجماع لشيخ الإسلام ص٤٧٤، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي (١/ ٤٩١).

(٣) المبسوط (٥/ ١١٣)، تبيين الحقائق (٢/ ١٦٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢١٦).

(٤) وهذا في الجديد، أما في القديم فإن السيد يملك إجبار عبده البالغ العاقل على النكاح. انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٧٤)، نهاية المطلب (١٢/ ٦٢)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٩/ ٢١٧)، مغني المحتاج (٤/ ٢٨٣).

(٥) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٣٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ٩٢، ٩٤).

(٧) انظر: المبسوط (٤/ ٢٢٨)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٣٨).

المسلمة؛ لأن الكافر لا شفقة له على المسلمة[١]. والعدالة ليست بشرط عندنا، حتى إن الفاسق يملك تزويج ابنته الصغيرة عندنا خلافاً [للشافعي][٢]. له: أن الفاسق لا شفقة له على نفسه، فكيف على ولده ؟!

فلم يوجد سبب ثبوت الولاية[٣]. ولنا: أن شفقته كاملة على نفسه وعلى ولده، لكن الشهوة الغالبة تحمله على ارتكاب المعاصي، ولا شهوة له في تزويج ابنته ممن لا يصلح لها، فقد وجد السبب والشرط، فتثبت الولاية الكاملة، حتى إن الأب إذا زوج الصغير والصغيرة ينفذ ويلزم، ولا يثبت لهما الخيار إذا بلغا[٤].

الولاية القاصرة

والولاية القاصرة، وهي ولاية التنفيذ دون الإلزام، تثبت لغير الأب والجد عندنا، خلافاً للشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ. له: أن هذه القرابة لا تفيد أدنى الولايتين، وهي ولاية التصرف في المال، فلأن لا تفيد أعلاهما وهي ولاية التصرف في النفس أولى[٥]. ولنا: أن سبب ثبوت هذه الولاية قد وجد، وهو أصل الشفقة وأصل الرأي الثابتين بدليليهما، وهو أصل القرابة، فإن أصل القرابة يدل على أصل الشفقة، ودليل الرأي البلوغ عن [عقل][٦]، وإنهما موجودان في حقه. وشرط الولاية

---

(١) بعض الحنفية يذكر من شروط الولي: ثبوت التوارث بين الولي والمولى عليه، وهنا عبر عن هذا الشرط بالإسلام والحرية؛ لأن اختلاف الدين والرِّق يمنعان من ثبوت التوارث. انظر: المبسوط (٤/ ٢٢٤)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٣٩)، المحيط البرهاني (٣/ ٤١)، فتح القدير (٣/ ٢٥٥)، حاشية الشلبي (٢/ ١١٦).

(٢) سقط، وأثبته من: بدائع الصنائع (٢/ ٢٣٩).

(٣) وهذا هو الراجح من مذهب الشافعية. انظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي (٩/ ١٧٠)، روضة الطالبين (٧/ ٦٤)، مغني المحتاج (٤/ ٢٥٥).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٣٩)، تبيين الحقائق (٢/ ١٢٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٠٠).

(٥) انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٥٣)، نهاية المطلب (١٢/ ٤٤)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٩/ ١٧٨)، مغني المحتاج (٤/ ٢٤٦).

(٦) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

حاجة المولى عليه إلى تحصيل النظر مع عجزه عن تحصيله بنفسه لنفسه، وإنه موجود أيضاً، وكذلك في جانب الولي الحرية، والعقل، والبلوغ، موجود أيضاً، فإذا وجد السبب مع الشرط تثبت الولاية، بخلاف ولاية التصرف في المال، فإنه لا يمكن إثباتها على الوجه الذي يقتضيه هذا السبب، وهي ولاية التنفيذ دون الإلزام؛ لأن المقصد من التصرف في المال الربح، وإنه لا يحصل إلا بتكرار التصرف، وإنه لا يفيد إلا باللزوم، والسبب لا يقتضي ولاية اللزوم، بخلاف ولاية النكاح؛ لأنه يمكن إثباتها على الوجه الذي يقتضيه السبب، فإن المقصد من النكاح التوالد والتناسل،/ [١٠٤/ أ] والسكن والازدواج، وإنه يحصل بعقد من يعقد من المهد إلى اللحد، فأفاد إثبات ولاية التنفيذ دون الإلزام، فإنه متى ظهر أثر قصور الشفقة، وهو الإخلال بالنظر يمكنه التدارك بالرد عند البلوغ[١].

فالحاصل أن أولياء الصغير والصغيرة العصبة[٢]، واعتبار الترتيب فيهم كاعتبار الترتيب في الإرث[٣][٤]. فإن لم يكن له عصبة بقرابة ولا سبب، إن

---

(١) عند أبي حنيفة ومحمد إذا زوج غير الأب والجد الصغير أو الصغيرة قبل بلوغهما فإن الزواج يلزم، ويثبت الخيار للصغير والصغيرة بعد البلوغ، أما عند أبي يوسف: إذا أجبر الولي غير الأب والجد الصغيرة أو الصغير على الزواج ثم بلغا، فلا خيار لهما بعد البلوغ، ويعتبر النكاح لازم اعتباراً بالأب والجد. انظر: المبسوط (٤/ ٢١٣)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٣٨، ٣١٥)، تبيين الحقائق (٢/ ١٢١)، البناية شرح الهداية (٥/ ٩٠-٩٥).

(٢) العَصَبَة: لغة: عصبة الرجل قرابته لأبيه وبنوه، سموا عصبة؛ لأنهم عَصَبُوا به أي أحاطوا به، وكل شيء استدار حول شيء فقد عَصَبَ به، ومنه العصائب وهي العمائم. وفي الشريعة: كل من يأخذ من التركة ما أبقته أصحاب الفرائض، واحداً كان أو أكثر. انظر: طلبة الطلبة ص٤٣، المغرب في ترتيب المعرب ص٣١٧، البحر الرائق (٣/ ١٢٧)، كشاف اصطلاحات الفنون (٢/ ١١٨٣).

(٣) الإرث: أي الميراث، وأصله الورث بالواو فأبدلت بالهمزة. انظر: طلبة الطلبة ص٥٥، المغرب في ترتيب المعرب ص٤٨٢.

(٤) انظر: تبيين الحقائق (٢/ ١٢١)، البناية شرح الهداية (٥/ ٩٠).

كان في القرابة من يرثه من الرجال والنساء كالأم، [فإنها][1] تملك تزويجه عند أبي حنيفة في الرواية المشهورة، وفي رواية أخرى: وهو قول صاحبيه، لا تملك[2]. وإن لم يكن له أحد من هؤلاء فالولاية إلى القاضي والسلطان[3]؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «السلطان ولي من لا ولي له»[4].

رجل زوج ابنة أخيه من ابن أخيه

رجل زوج ابنة أخيه من ابن أخيه[5]، إن تولى طرفي العقد بنفسه جاز عند علمائنا الثلاثة، وعند زفر لا يجوز، بناء على أن الواحد يتولى طرفي عقد النكاح عند علمائنا إذا كان ولياً من الجانبين، [أو وكيلاً منهما، أو أصيلاً من أحدهما وكيلاً من الآخر، وعند زفر لا يتولى في الفصول كلها، [و][6] عند الشافعي يتولى إذا كان ولياً من الجانبين[7]][8]. لزفر: أن عقد النكاح عقد

(١) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٤٠)، المحيط البرهاني (٣/ ٤٢)، تبيين الحقائق (٢/ ١٢٦)، الجوهرة النيرة (٢/ ١٠)، البناية شرح الهداية (٥/ ٩٣).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٥٢)، تبيين الحقائق (٢/ ١٢٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٠٢).

(٤) أخرجه بلفظه من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أحمد في مسنده (٤٠/ ٢٤٣)، وابن ماجه في سننه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، (١/ ٦٠٥)، وأبو داود في سننه، كتاب النكاح، باب في الولي، (٢/ ٢٢٩)، والترمذي في سننه، أبواب النكاح، وقال: هذا حديث حسن، (٣/ ٣٩٩). وصححه ابن الجوزي وابن الملقن والألباني. انظر: التحقيق في مسائل الخلاف (٢/ ٢٥٥)، نصب الراية (٣/ ١٨٤)، البدر المنير (٧/ ٥٥٣)، إرواء الغليل (٦/ ٢٤٣).

(٥) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٠.

(٦) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٧) عند الشافعية هذه الولاية لا تتحقق إلا في الجد وإن علا، وذلك بأن يزوج ابن ابنه من ابنة ابنه، وذلك في أصح القولين عندهم، وعلى القول بالصحة يشترط لصحة هذه الولاية ثلاثة شروط، أحدها: أن يكون أبواهما ميتين، أو فاسقين، أو أحدهما ميتاً والآخر فاسقاً؛ لأنه لا ولاية للجد الرشيد عليهما مع ثبوت ولاية الأبوين عليهما. الشرط الثاني: أن يكون ابن الابن صغيراً أو مجنوناً. الشرط الثالث: أن تكون الابنة بكراً، فأما إذا كانت ثيباً، فلا يملك تزويجها بحال إلا بإذنها. انظر: الأم (٧/ ١٦٣)، الحاوي الكبير (٩/ ٧٠، ١٣٠)، نهاية المطلب (١٢/ ١٤٤)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٩/ ١٩٠)، مغني المحتاج (٤/ ٢٦٩)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٣/ ٢٣٣).

(٨) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

معاوضة، فيقوم بشطرين، والقائم به شطر واحد؛ لأنه لو أتى بشطرين يكون الثاني فضلاً في الباب.ولنا: أن القائم به شطران، لكن أحدهما صريح، والثاني ثابت ضرورة، وإنما لا يعتبر الشطر الثاني منه؛ لأنه ثابت ضرورة، فلا حاجة إلى إتيانه صريحاً، أو نقول بحكم الولاية أو الأمر صار كلامه ككلامين، وشخصه كشخصين حكماً، والثابت حكماً كالثابت حقيقة(١).

وإن لم يتول طرفيه بنفسه جاز عند علمائنا الثلاثة، وعند الشافعي لا يجوز بناء على أن غير الأب والجد يملك تزويج الصغير والصغيرة عندنا، خلافاً له، والمسألة قد مرت(٢).

فإن بلغا يثبت لهما الخيار عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف لا يثبت؛ لأنه نكاح صدر عن ولاية فيلزم، كالنكاح الصادر عن الأب والجد.ولنا: أنه نكاح صدر عن ولاية قاصرة، وهي ولاية التنفيذ دون الإلزام، فينفذ ولا يلزم، بخلاف الصادر عن [الأب، فإنه صدر عن](٣) ولاية كاملة، وهي ولاية التنفيذ والإلزام فلزم لا محالة(٤).

وإن مات أحدهما قبل البلوغ ورثه الآخر؛ لأن النكاح نافذ، فأفاد الملك والزوجية، فدخلا تحت قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٠، المبسوط (٥/ ١٧)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٣١)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ٩٨)، تبيين الحقائق (٢/ ١٣٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٢٢).

(٢) انظر: ص

(٣) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٤) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٠، المبسوط (٤/ ٢١٥)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٣٩)، تبيين الحقائق (٢/ ١٢٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ٩٤).

﴿أَزْوَاجُكُمْ﴾[1][2]. فإذا ثبت لهما الخيار عند البلوغ يكون سكوتها رضا إن كانت عالمة بالنكاح على الوجه الذي ذكرنا، فإن لم تكن عالمة، فلها الخيار / [١٠٤/ ب] حين تعلم اعتباراً بابتداء النكاح، ولا يكون سكوت الغلام رضا حتى يفصح به، أو يأتي بفعل يدل عليه؛ لأن الشرع جعل سكوت البكر رضا دون الغلام. وإن كانت ثيباً حين بلغت بأن دخل بها قبل البلوغ، فلا يكون سكوتها رضا اعتباراً بابتداء النكاح على الثيب[3]. أثبت خيار البلوغ للذكر والأنثى؛ لأن المعنى يجمعهما، وهو صدور النكاح عمن له ولاية قاصرة ولم يثبت للذكر خيار العتق؛ لأن المعنى لا يجمعهما، وهو زيادة الملك، فإن الملك يزيد على الـمُعْتَقَة دون الـمُعْتَق[4].

لو زوج ابنته الصغيرة من ابن أخيه

رجل زوج ابنته الصغيرة من ابن أخيه جاز، ولا خيار لها إذا بلغت؛ لأن المزوج الأب، وله الخيار إذا بلغ؛ لأن المزوج غير الأب والجد[5]. فإن رد الغلام النكاح حين بلغ لا يكون رداً حتى يفسخه القاضي؛ لأن الخيار إنما ثبت له دفعاً لضرر خفي، فجعل ذلك إلزاماً، وإنه يفتقر إلى القضاء، بخلاف الأمة إذا أعتقت حيث يثبت لها الخيار، فإذا ردت يكون رداً بغير قضاء؛ لأن الخيار ثبت لها لدفع

---

(١) سورة النساء الآية رقم: ١٢.

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧١، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ٩٥)، الجوهرة النيرة (٢/ ٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٩٩).

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧١، بدائع الصنائع (٢/ ٣١٦)، تبيين الحقائق (٢/ ١٢٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٩٧).

(٤) المقصود بزيادة الملك هنا: أن الأمة قبل العتق تبين من زوجها بطلقتين، أما بعد العتق فإنها تبين من زوجها بثلاث طلقات، وفي هذا زيادة ملك عليها. انظر: المبسوط (٤/ ٢١٦)، بدائع الصنائع (٢/ ٣١٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٩٦)، فتح القدير (٣/ ٢٨٠)، النافع الكبير شرح الجامع الصغير ص١٧١.

(٥) يثبت الخيار لابن الأخ عند أبي حنيفة ومحمد، أما عند أبي يوسف فلا يثبت. انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧١، شرح العتابي ص٢٦٨، بدائع الصنائع (٢/ ٣١٧).

ضرر جلي، وهو زيادة الملك عليها، فيكون ذلك دفعاً لا إلزاماً، فلا يفتقر إلى القضاء، كالرد بالعيب قبل القبض لما كان امتناعاً ودفعاً لم يفتقر إلى القضاء، بخلاف الرد بعد القبض[١]. فإذا كان فسخاً، إن كان قبل الدخول لا يجب شيء من المهر؛ لأن الفسخ ألحق العقد بالعدم، فصار كأن لم يوجد، ولو لم يوجد أصلاً لما وجب شيء من المهر عليه، فكذا إذا التحق بالعدم، وإن كان دخل بها فعليه المهر؛ لأنه استوفى المبدل، فيجب عليه البدل، وهذه فرقة بغير طلاق[٢].

لو زوج ابنته أو ابنه بغير مهر المثل

رجل زوج ابنته الصغيرة بعشرة دراهم، ومهر مثلها ألف درهم، أو زوج ابنه امرأة بألف درهم، ومهر مثلها عشرة، جاز عند أبي حنيفة، خلافاً لصاحبيه[٣]. وكذلك إذا زوج ابنته من عبد، أو زوج ابنه أمة [جاز][٤] عنده، خلافاً لهما؛ لأن هذه الولاية مقيدة بشرط النظر، ولا نظر في التزويج من غير كفء والتنقيص من المهر نقصاناً فاحشاً، فيبطل كما إذا باع مال ابنه الصغير [بغبن[٥]][٦] فاحش لا يجوز؛ لما ذكرنا من المعنى، كذا هذا، بل أولى؛ لأن التصرف في النفس

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧١، تبيين الحقائق (٢/ ١٢٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ٩٦).

(٢) انظر: الجوهرة النيرة (٢/ ٩)، تبيين الحقائق (٢/ ١٢٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٩٩).

(٣) يجوز عند أبي حنيفة للأب والجد فقط فعل ذلك، أما لغيرهما فلا يجوز. انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٢، شرح العتابي ص٢٦٨، تبيين الحقائق (٢/ ١٣٠)، الجوهرة النيرة (٢/ ١٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ١١٩).

(٤) كتبها الناسخ: (حياز)، وهو خطأ واضح.

(٥) الغبن: بسكون الباء وفتحها، الخداع في المبايعة، أو هو إيقاع الإجحاف على آخر في البيع والشراء. وعند الفقهاء يقسم الغبن إلى يسير وفاحش، فالغبن اليسير أن تكون قيمة الشيء زائدة شيئاً يسيراً عما قَوَّم به أكثر المُقَوِّمين، والغبن الفاحش أن تزيد قيمة الشيء عما قَوَّم به المُقَوِّمون زيادة لم يقل بها أحد من المقومين. والمراد هنا بالغبن: الإحجاف بحق الصغير أو الصغيرة. انظر: طلبة الطلبة ص٤٥، كشاف اصطلاحات الفنون (٢/ ١٢٤٦).

(٦) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

فوق التصرف في المال، وإذا لم يتحمل الغبن الفاحش في التصرف الأدنى، فلأن لا يتحمل في الأعلى بطريق الأولى. ولنا: أن المقصود من النكاح السكن والازدواج، والتوالد والتناسل، وإنها تعتمد معان توجد في غير الكفء أكثر مما توجد في الكفء، / [١٠٥/ أ] من كرم الصحبة، وحسن العشرة، والتوسعة في النفقة، ونحو ذلك، والحكم يتعلق بدليل النظر لا بحقيقته، ودليل النظر قائم في حق الأب، وهو قرب القرابة والبلوغ عن عقل، فإذا وجد دليل النظر في موضع يحتمل النظر وجب حمله عليه[١].

رجل أمر رجلاً أن يزوج ابنته

رجل أمر رجلاً أن يزوج ابنته الصغيرة من رجل، فزوجها والأب حاضر، فالمزوج شاهد؛ لأن الأب إذا كان حاضراً فهو العاقد، والمزوج سفير ومعبر، وغير العاقد يصلح شاهداً، وإن كان الأب غائباً لا يصلح شاهداً؛ لأن المزوج هو العاقد؛ لأن الغائب لا يصلح عاقداً، فلا يصلح المزوج شاهداً، وعلى هذا إذا زوج ابنته البكر البالغة العاقلة بحضرتها ومعه شاهد آخر جاز؛ لأن البنت إذا كانت حاضرة فهي العاقدة، والأب سفير ومعبر، فصلح أن يكون شاهداً، بخلاف ما إذا كانت غائبة حيث لا يكون الأب شاهداً؛ لأنه هو العاقد، والعاقد لا يكون شاهداً، والله أعلم بالصواب[٢].

❊ ❊ ❊

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٢، المبسوط (٤/ ٢٢٤)، تبيين الحقائق (٢/ ١٣٠)، البناية شرح الهداية (٥/ ١١٩-١٢١)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٦٦).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٢، شرح العتابي ص٢٦٩، المحيط البرهاني (٣/ ٣٠)، تبيين الحقائق (٢/ ١٠٠)، الجوهرة النيرة (٢/ ٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٨).

باب الأَكْفاء[(١)][(٢)]

ضابط الكفاءة

الأصل فيه: أن كل ما يقع به التفاخر وبضده التعيير تعتبر الكفاءة في ذلك، وإلا فلا؛ لأن المقصد من النكاح السكن والازدواج والتوالد والتناسل، وإنه لا يحصل مع نفرة الطبع، والمرأة تَسْتَنْكِف[(٣)] عن [استفراش][(٤)] الدنيء، وينفر طبعها عنه[(٥)].

الكفاءة شرط جواز النكاح

إذا عرف هذا نقول: كون الرجل كفء المرأة شرط جواز النكاح عند عامة العلماء[(٦)].

---

(١) الأَكْفاء: جمع كُفْء، وهو في اللغة: النظير والمساوي والمماثل.وشرعـًا: أن يكون الزوج مساوياً للمرأة في حسبها ونسبها، ودينها، وسنها وغير ذلك.انظر: مختار الصحاح ص٢٧٠، لسان العرب (١/ ١٣٩)، المصباح المنير (٢/ ٥٣٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٠٧).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٣.

(٣) تَسْتَنْكِف: من نكِف بكسر الكاف، يقال: نَكِف واستنكف إذا أَنِف وامتنع.وقيل: الاستنكاف: الامتناع أنفة واستكباراً.انظر: طلبة الطلبةص٤٤، لسان العرب (٩/ ٣٤٠)، المصباح المنير (٢/ ٦٢٥).

(٤) كتبها الناسخ: (استقراء من)، وهو تصحيف، وستأتي هذه الكلمة معنا خلال هذا الباب.

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٣١٧)، المحيط البرهاني (٣/ ٢١)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ٩٨)، تبيين الحقائق (٢/ ١٢٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٠٧)، البحر الرائق (٣/ ١٣٧).

(٦) وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، واتفقوا على اعتبار الدين، واختلفوا فيما سوى ذلك.انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٣١٧)، تبيين الحقائق (٢/ ١٢٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٠٧)، المدونة (٢/ ١٠٦)، الذخيرة (٤/ ٢١١)، الشرح الكبير (٢/ ٢٢٤)، الحاوي الكبير (٩/ ١٠٠)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٩/ ١٩٤)، مغني المحتاج (٤/ ٢٧٠)، المغني (٧/ ٣٣)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٦٤٩).

وقال مالك[1] وسفيان الثوري: ليس بشرط، وهو اختيار الكرخي رَحِمَهُ اللَّهُ[2]؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾[3]؛ ولقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ليس لعربي على عجمي فضل، وإنما الفضل بالتقوى»[4]، وقال الشاعر:

وليس على عبد تقي نقيصة … إذا صَحَّحَ التقوى وإن حاك[5] أو حَجَم[6][7]

وقال آخر:

الناس من جهة التمثال أكفاء … أبوهم آدم والأم حواء[8]

---

(١) المقصود الكفاءة في النسب.انظر: المدونة (٢/ ١٠٦)، بداية المجتهد (٣/ ٤٢)، الذخيرة (٤/ ٢١٤).

(٢) انظر: المبسوط (٥/ ٢٢)، بدائع الصنائع (٢/ ٣١٧)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٨٦).

(٣) سورة الحجرات الآية رقم: ١٣.

(٤) أخرجه أحمد في مسنده (٣٨/ ٤٧٤)، ولفظه عن أبي نضرة قال: حدثني من سمع خطبة رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في وسط أيام التشريق فقال: «يا أيها الناس ألا إن ربكم واحد، وإن أباكم واحد، ألا لا فضل لعربي على عجمي، ولا لعجمي على عربي، ولا أحمر على أسود، ولا أسود على أحمر، إلا بالتقوى، أَبَلَّغْت؟» قالوا: بلغ رسول الله...الحديث.قال الهيثمي: رجاله رجال الصحيح.وقال البوصيري: رجاله ثقات.وصححه الألباني.انظر: مجمع الزوائد (٣/ ٢٦٦)، إتحاف الخيرة المهرة (٣/ ٢٢٦)، السلسلة الصحيحة (٦/ ٤٤٩).

(٥) حاك: أي نَسَجَ، يقال: حاك الثوب حِياكة، أي نسجه، والمراد هنا من حرفته خياطة ونَسْج الثياب.انظر: مختار الصحاح ص٨٤، المصباح المنير (١/ ١٥٧).

(٦) حَجَم: من الحَجْم، وهو فِعْل الحجَّام، وهو من تكون حرفته الحِجامة.انظر: المغرب في ترتيب المعرب ص١٠٥، مختار الصحاح ص٦٧، المصباح المنير (١/ ١٢٣).

(٧) قائل هذا البيت هو أبو العتاهية.انظر: ديوان أبي العتاهية ص٣٩٤.

(٨) ينسب هذا البيت لعلي بن أبي طالب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.انظر: جامع بيان العلم وفضله (١/ ٢١٨)، شمس العلوم (١/ ١٤٩)، زهر الأكم في الأمثال والحكم (١/ ٢٦٤)، مجاني الأدب في حدائق العرب (٣/ ١٣١).

ولأنا أجمعنا على أنه لا يعتبر كون المرأة كفئاً للرجل[1]، فكذلك كون الرجل كفئاً للمرأة[2]. ولنا: قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا يُزَوَّج النساء إلا من الأكفاء»[3]، وهذا نص في الباب، والفقه فيه: وهو أن المقصد من النكاح ما ذكرنا، وإنه لا يحصل إلا بالكفء، بخلاف عدم الكفاءة في جانب [المرأة][4]؛ لأن الرجل لا يستنكف عن افتراش الدنيئة، فإنه كما يستفرش الشريفة يستفرش الخسيسة، وكما يستفرش الحرة / [١٠٥/ب] يستفرش الأمة، والمراد مما رُوِي وتُلِي الفضل في أحكام العقبى دون أحكام الدنيا، والنكاح من أحكام الدنيا، فيشترط فيه الفضيلة في الدنيا[5].

---

(١) لا أظن أنه يقصد هنا بالإجماع إجماع الفقهاء، وإنما يقصد إجماع القائلين بعدم اشتراط كفاءة النسب في النكاح، وهم مالك والثوري والكرخي، وذلك لأن أبا يوسف ومحمداً ذهبا إلى أنه كما تعتبر الكفاءة في جانب الرجال، كذلك تعتبر في جانب النساء، وذهب صاحب البدائع إلى أن الصحيح من قولهما أنه لا تعتبر الكفاءة في جانب النساء عندهما. انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٣٢٠)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٨٥).

(٢) انظر: المبسوط (٥/ ٢٢)، بدائع الصنائع (٢/ ٣١٧)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٨٥-٨٦).

(٣) رُوِي هذا الحديث عن جابر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بلفظ: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا تُنْكِحوا النساء إلا الأكفاء، ولا يُزَوِّجُهن إلا الأولياء، ولا مهر دون عشرة دراهم». أخرجه الطبراني في الأوسط (١/ ٦)، والدراقطني في سننه، كتاب النكاح، باب المهر، وقال: فيه مُبَشِّر بن عبيد، وهو متروك الأحاديث، وأحاديثه لا يتابع عليها، (٤/ ٣٥٨)، والبيهقي في الكبرى، كتاب النكاح، باب اعتبار الكفاءة، وقال: هذا حديث ضعيف، (٧/ ٢١٥). وهذا الحديث ضعيف كما ذكر ذلك المحدثون، فقد أخرجه ابن الجوزي في الموضوعات، وقال ابن حجر: إسناده واه؛ لأن فيه مُبَشِّر بن عبيد وهو كذاب. وقال الألباني: موضوع. انظر: الموضوعات لابن الجوزي (٢/ ٢٦٣)، نصب الراية (٣/ ١٩٦)، الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ٦٢)، اللآلئ المصنوعة في الأحاديث الموضوعة (٢/ ١٤٠)، إرواء الغليل (٦/ ٢٦٤).

(٤) كتبها الناسخ: (الرجل)، وهو خطأ، وما أثبته من: بدائع الصنائع (٢/ ٣١٧).

(٥) انظر: المبسوط (٥/ ٢٢-٢٤)، بدائع الصنائع (٢/ ٣١٧)، تبيين الحقائق (٢/ ١٢٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٠٧).

الأمور التي تعتبر فيها الكفاءة

ثم الكفاءة تعتبر في ستة:

أحدها: الحرية، حتى إن العبد إذا تزوج بالحرة، أو الـمُعْتَق بحرة الأصل يرد؛ لعدم الكفاءة، ومن له أب واحد حر لا يكون كفئاً لمن له أبوان حران فصاعداً؛ لأن التفاخر يقع بالحرية وبحرية الآباء، ومن له أبوان حران يكون كفئاً لمن له آباء أحرار؛ لأن النسب للتعريف، وإنه يقع بالفرد، ويتم بالمثنى، ولا حاجة إلى الزيادة[١]، وعن أبي يوسف في غير المشهور من الرواية: أن من له أب واحد حر يكون كفئاً لمن له آباء[٢].

والثاني: في النسب، فإن الناس يتفاخرون به، فقريش بعضهم أكفاء بعض، ويستوي في ذلك الهاشمي[٣]، والعَدَوي[٤]، والأُمَوي[٥]، وغير ذلك، فإن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ زوج ابنته من عثمان بن عفان، وكان أُمَوِياً وابنته هاشمية، وعلي - كرم الله وجهه - زوج ابنته أم كلثوم من عمر، وكان عمر عَدَوِياً وابنته هاشمية، والعرب بعضهم أكفاء بعض، وليسوا بأكفاء قريش، والموالي بعضهم أكفاء بعض، وليسوا بأكفاء العرب[٦].

---

(١) انظر: المبسوط (٥/ ٢٤)، بدائع الصنائع (٢/ ٣١٩)، المحيط البرهاني (٣/ ٢٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ١١٤).

(٢) انظر: تبيين الحقائق (٢/ ١٢٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ١١٣)، النافع الكبير شرح الجامع الصغير ص١٧٣.

(٣) الهاشمي: نسبة إلى هاشم بن عبد مناف بن قصي. انظر: البحر الرائق (٣/ ١٣٩).

(٤) العَدَوي: نسبة إلى عَدِي بن كعب بن لؤي بن غالب. انظر: البناية شرح الهداية (٥/ ١١٠).

(٥) الأُموي: نسبة إلى أمية بن عبد شمس بن مناف. انظر: البناية شرح الهداية (٥/ ١١٠).

(٦) انظر: المبسوط (٥/ ٢٤)، بدائع الصنائع (٢/ ٣١٨)، تبيين الحقائق (٢/ ١٢٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ١١٠)، البحر الرائق (٣/ ١٣٩).

والثالث: في الدِّين؛ لأن التفاخر به أحق، وبأهل الدين أليق، حتى إن امرأة من بنات الصالحين إن تزوجت برجل من الفاسقين، أو زوجها وليها منه على ظن أنه صالح، فإذا هو شِرِّيب سِكِّير يرد، وقال محمد: الفسق الذي يسلب الكفاءة هو الفسق الذي يستخف به صاحبه، ويخرج إلى السوق سكرانـًا، ويلعب بين الصبيان، وأما الذي لا يستخف به فلا. وقال أبو يوسف: الفسق المستتر لا يقدح في الكفاءة، والمعلن به يقدح(١).

والرابع: في إسلام الآبـاء، فإن التفاخر يقع به، حتى إن من له أب واحد في الإسلام لا يكون كفئـًا لمن له أبوان فصاعداً، ومن له أبوان في الإسلام يكون كفئـًا لمن له آباء كثيرة؛ لما بينا أن النسب للتعريف، وإنه يقع بالفرد ويتم بالمثنى، كما في الشهادة، وعن أبي يوسف في غير المشهور: من له أب واحد في الإسلام يكون كفئـًا لمن له آباء(٢).

والخامس: في المال؛ لأن الناس يتفاخرون به، والمعتبر فيه القدرة على النفقة والمهر؛ لأن المهر عوض في باب النكاح، والنفقة جزاء احتباسها بحقه، والمعتبر في المهر قدر الـمُعَجَّل؛ لأن ما عداه مؤجل عرفـًا وشرعـًا، لكن النفقة أكثر اعتباراً من المهر، قال الحسن بن [أبي](٣) مالك(٤): سئل أبو يوسف عمن لا

---

(١) انظر: المبسوط (٥/ ٢٥)، بدائع الصنائع (٢/ ٣٢٠)، المحيط البرهاني (٣/ ٢٣)، تبيين الحقائق (٢/ ١٢٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ١١٤).

(٢) انظر: المحيط البرهاني (٣/ ٢٢)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ٩٩)، تبيين الحقائق (٢/ ١٢٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ١١٣).

(٣) سقط، وأثبته من: بدائع الصنائع (٢/ ٣١٩)، الجواهر المضية (١/ ٢٠٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ١١٦).

(٤) هو أبو مالك، الحسن بن أبي مالك، تفقه على أبي يوسف القاضي، وتفقه عليه محمد بن شجاع، كان ثقة في روايته، غزير العلم، واسع الرواية، وكان أبو يوسف يشبهه بجمل حمل=

يقدر على المهر والنفقة هل يكون كفئًا؟ قال: لا، وسئل عمن يقدر على المهر ولا يقدر على النفقة هل يكون كفئًا؟ قال: لا، وسئل عمن يقدر على النفقة / [١٠٦/ أ] ولا يقدر على المهر هل يكون كفئًا؟ قال: نعم[(١)]؛ لأن المسامحة تجري في المهر، ويتحمل الأب عن الابن، أما لم تجر العادة بتحمل الآباء النفقة الدارَّة عن الأبناء، فكذا المسامحة لا تجري فيها[(٢)].

والسادس: في الصناعة، ذكر في التجريد: أن الكفاءة في الصناعة غير معتبرة عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعند أبي يوسف معتبرة[(٣)]. وذُكِر هاهنا: أن الكفاءة في الحرفة معتبرة عند أبي حنيفة ومحمد رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ؛ لأن الناس يفتخرون بها، حتى إن الحائك لا يكون كفئًا للصَّيْرَفي[(٤)] والجَوْهَري[(٥)]، وعند أبي يوسف غير معتبرة إلا إذا فحش، كالدَّباغ[(٦)] والكَنَّاس؛ لأن الحرفة غير لازمة يقدر على تركها في الحال[(٧)].

= أكثر مما يطيق، توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة ٢٠٤هـ. انظر: الجواهر المضية (١/ ٢٠٤)، كتائب أعلام الأخيار اللوح رقم ١٤٥، الفوائد البهية ص٦٠.

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٣١٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ١١٦).

(٢) انظر: المبسوط (٥/ ٢٥)، بدائع الصنائع (٢/ ٣١٩)، المحيط البرهاني (٣/ ٢١)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ٩٩)، تبيين الحقائق (٢/ ١٣٠)، البناية (٥/ ١١٥)، البحر الرائق (٣/ ١٤٢)، مجمع الأنهر (١/ ٣٤٢).

(٣) انظر: التجريد ص٥٧٣.

(٤) الصَّيْرَفي: من المُصارَفَة، وهو الذي يعمل في صرف الأموال بعضها ببعض. انظر: طلبة الطلبة ص١١٣، مختار الصحاح ص١٧٥.

(٥) الجوهري: صانع الجوهر وبائعه. انظر: المعجم الوسيط (١/ ١٤٩).

(٦) الدَّباغ: من الدَّبْغ والدِّباغة، وهو الذي يعمل في دبغ الجلود. انظر: المصباح المنير (١/ ١٨٩).

(٧) ذكر صاحب البحر: أن اعتبار الكفاءة في الصنائع هو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وصاحبيه؛ لأن الناس يتفاخرون بشرف الحِرَف ويَتَعَيَّرون بدناءتها. انظر: المبسوط (٥/ ٢٥)، بدائع الصنائع (٢/ ٣٢٠)، المحيط البرهاني (٣/ ٢٤)، تبيين الحقائق (٢/ ١٣٠)، البناية شرح=

اشتراط كون المرأة كفئًا للرجل

وأما كون المرأة كفئًا للرجل فليس بشرط في ظاهر الرواية؛ لما ذكرنا، وقيل هي شرط عند أبي يوسف ومحمد، خلافًا لأبي حنيفة استدلالاً بمسألة ذكرها في هذا الكتاب في باب الوكالة في النكاح[١]، وهي: «أمير أمر رجلًا بأن يزوجه امرأة، فزوجه أمة، جاز عند أبي حنيفة، خلافًا لصاحبيه»[٢].وقال محمد في كتاب الوكالة: الكفاءة في النساء استحسان عندهما؛ لأن مطلق الكلام ينصرف إلى المتعارف، والمتعارف تزوج الرجل بمن يكافئه[٣].ولنا: أن الأصل في المطلق إجراؤه على إطلاقه[٤]، فمن ادعى التقييد فقد ادعى خلاف الأصل فعليه إثباته، [وقد][٥] قام الدليل في جانب الرجل، فمن ادعى قيامه في جانب المرأة فعليه إثباته، والله أعلم[٦].

* * *

= الهداية (٥/ ١١٧)، البحر الرائق (٣/ ١٤٣).

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٣٢٠)، المحيط البرهاني (٣/ ٢٧).

(٢) الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٥.

(٣) انظر: الأصل (١١/ ٣٩١)، المبسوط (١٩/ ١١٧)، بدائع الصنائع (٢/ ٣٢٠)، المحيط البرهاني (٣/ ٢٧)، العناية شرح الهداية (٣/ ٣١٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٢٩)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٩٥)، النافع الكبير شرح الجامع الصغير ص١٧٥.

(٤) هذه قاعدة فقهية، وردت في كتب الحنفية بكثرة بلفظ: الأصل أن المطلق يجري على إطلاقه، ما لم يقم دليل التقييد.انظر: المبسوط (١٩/ ٤٠)، بدائع الصنائع (٦/ ٧١)، تبيين الحقائق (١/ ٤٢)، البناية شرح الهداية (١/ ٥٥٧)، فتح القدير مع العناية (٨/ ٧٨)، البحر الرائق (٣/ ١٥١)، مجلة الأحكام العدلية المادة رقم: ٦٤.

(٥) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٦) انظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام (١/ ٣٤٠)، النافع الكبير ص١٧٥.

باب الوكالة في النكاح(١)

بيان أن النكاح ينعقد بلفظ الوكيل

الأصل فيه: أن النكاح كما ينعقد بلفظ الـمُوَكِّل ينعقد بلفظ وكيله، ورسوله، وكتابه؛ لأن كلام الوكيل والرسول يقوم مقام كلامه؛ لأنه سفير ومعبر عنه، وكذا كتابه، حتى إن الشهود لو سمعوا قراءة الكتاب، أو كلام الرسول، أو الوكيل جاز؛ لأن الرسول كان مكلفاً بتبليغ الرسالة إلى الكافة، وقد بلغ إلى البعض بنفسه، وإلى البعض برسوله، وإلى البعض بكتابه، فصار مبلغاً إلى الكافة(٢).

وأن شطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس عند أبي حنيفة ومحمد، بخلاف الـخُلْع، والعتاق على مال، فإنه في جانب الرجل تعليق الطلاق بقبول المرأة، والعتق بقبول العبد، وإنه يمين تامة لا أنه شطر العقد، ولهذا لا يملك الرجوع قبل قبول المرأة، وهاهنا يملك(٣).

وأن الفضولي الواحد إذا زوج امرأة من رجل وهما غائبان لا يتوقف، بخلاف الفضوليين؛ لأن الموجود منه - يعني الفضولي الواحد - شطر العقد، وإنه لا يتوقف، بخلاف الفضوليين، فإن الموجود منهما كل العقد(٤).

لو أشهد أنه تزوج امرأة غائبة

فإذا عرف / [١٠٦/ ب] هذا نقول: قال: «رجل قال: اشهدوا أني تزوجت فلانة وهي غائبة، فبلغها فأجازت، لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يجوز اعتباراً بالخلع»(٥).ولنا: أنه شطر العقد، فلا يتوقف على ما وراء المجلس، بخلاف الخلع؛ لما بينا(٦).

---

(١) جاء هذا الباب في الجامع الصغير بعنوان: باب في الرجل يتزوج المرأة بغير وكالة والرجل يوكل بالتزويج.انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٤.

(٢) انظر: المبسوط (٥/ ١٥)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٣١)، فتح القدير (٣/ ٣٠٥).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٣٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٢٦).

(٤) انظر: تبيين الحقائق (٢/ ١٣٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٢٥).

(٥) الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٤.

(٦) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٤، البناية شرح الهداية (٥/ ١٢٥).

وإن خاطب عن الغائبة فضولي، فبلغها فأجازت، جاز في قولهم؛ لأن الموجود منهما كل العقد، فيتوقف على الإجازة(١).

ولو قالت المرأة: اشهدوا أني زوجت نفسي من فلان، وفلان غائب، فبلغه فأجاز، لم يجز عندهما، خلافاً لأبي يوسف؛ لما بينا.

وإن خاطب عن الغائب فضولي، فبلغه فأجاز، جاز في قولهم؛ لما مر(٢).

فضولي زوج رجلاً من امرأة

فضولي قال: زوجت فلانة من فلان، وهما غائبان، فبلغهما فأجازا، لم يجز عندهما؛ لأن الموجود منه شطر العقد، وعند أبي يوسف يجوز؛ لأنا أجمعنا على أن الولي من الجانبين، أو الوكيل منهما إذا فعل ذلك ينفذ، والفضولي إذا فعل ذلك يتوقف؛ لأن أثر الأمر والولاية في النفاذ لا غير. قلنا: الموجود من الفضولي شطر العقد، وإنه لا يتوقف، بخلاف الولي من الجانبين، أو الوكيل منهما؛ لأنه بحكم الولاية والوكالة صار كلامه ككلامين، وشخصه كشخصين حكماً، وفيما نحن فيه لم توجد الولاية ولا الوكالة، فبقي على حقيقته كلاماً واحداً، وشطراً واحداً، فلم يتوقف، بخلاف الفضوليَّيْن، فإن الموجود منهما كل العقد فيتوقف عندنا، خلافاً للشافعي، بناء على أن كل عقدٍ له مجيز يتوقف على الإجازة(٣)

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٤، تبيين الحقائق (٢/ ١٣٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٢٥).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٤، المبسوط (٥/ ١٨)، تبيين الحقائق (٢/ ١٣٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٢٥).

(٣) هذه قاعدة فقهية عند الحنفية، ولفظها: الأصل أن كل عقد صدر وله مجيز حال وقوعه انعقد موقوفاً على الإجازة، وإلا فلا. انظر: أصول الكرخي ص١٠، الفصول في الأصول (٤/ ١٢٧)، المبسوط (١٣/ ١٥٣)، بدائع الصنائع (٥/ ١٤٩)، تبيين الحقائق (٢/ ١٣٢)، الجوهرة النيرة (٢/ ١٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٢٣)، فتح القدير (٣/ ٣٠٧)، البحر الرائق (٣/ ١٤٧).

لو أمر رجلاً أن يزوجه امرأة فزوجه أمة

[عندنا][(١)]، خلافاً له[(٢)(٣)].

أمير أمر رجلاً أن يزوجه امرأة، فزوجه أمة، جاز عند أبي حنيفة، خلافاً لصاحبيه[(٤)]، والمسألة قد مرت بدليلها[(٥)].

رجل أمر رجلاً أن يزوجه امرأة فزوجه امرأتين

رجل أمر رجلاً أن يزوجه امرأة، فزوجه امرأتين في عقدة، لم تلزمه واحدة منهما؛ لأن إحداهما ليست بأولى من الأخرى، وليس له ولاية التعيين، ولا يمكن إثبات حكم النكاح في المجهولة[(٦)].

---

(١) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٢) انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٥٤)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٩/ ١٦٠)، المجموع (٩/ ٢٦١)، جواهر العقود (٢/ ٧١).

(٣) انظر: المبسوط (٥/ ١٨)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٣٣)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ٩٨)، تبيين الحقائق (٢/ ١٣٣)، النافع الكبير ص١٧٤.

(٤) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٥.

(٥) انظر: ص

(٦) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٥، المبسوط (١٩/ ١٢١)، المحيط البرهاني (٣/ ٣٦)، تبيين الحقائق (٢/ ١٣٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٢٧).

باب النكاح الفاسد(١)

لو تزوج امرأة يحرم نكاحها عليه

الأصل فيه: أن من تزوج امرأة حراماً نكاحها عليه لم يجز؛ لأنه ما أضاف العقد إلى محله؛ لأن محل النكاح المحللة نكاحاً ولم يوجد(٢).

وكونها محرمة نكاحاً يثبت بتسعة ذكرناها في المفيد والمزيد في شرح التجريد، والذي يختص بالباب منها خمسة: كونها مشغولة بحق محترم للغير إلا إذا ضعف الحق، والجمع بين الأختين، ونكاح الأمة على الحرة، والجمع بين الأم والبنت، والوطء الذي هو سبب لحصول الولد ودواعيه، كالمس بشهوة، والتقبيل [بشهوة](٣)، وإنه يوجب حرمة المصاهرة./ [١٠٧/أ]

امرأة تزوجت وهي حامل من الزنا

فإذا عرف هذا نقول: قال: «امرأة تزوجت وبها حبل(٤) من الزنا، جاز عند أبي حنيفة ومحمد، ولا يطؤها حتى تضع، وقال أبو يوسف: لا يجوز؛ لأنها مشغولة بحق محترم للغير وهو الحمل، ولهذا يحرم إذا كان الحمل ثابت النسب»(٥).

ولنا: أن حرمة نكاحها في محل الإجماع ما كان لحق الحمل، ولهذا جاز نكاح صاحب الحمل، ولو كان لحق الحمل لما جاز، وإنما كان لحق صاحب الماء، ولا حرمة لماء الزاني، بخلاف غيره لأن لمائه حرمة، وإنما حرم وطؤها؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يَسْقِيَنَّ ماءه زرع غيره»(٦)،

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٥.

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٣٣٥).

(٣) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٤) الحَبَل: الحَمْل، ومنه امرأة حابل أي حامل، وضده امرأة حائل أي ليست بحامل. انظر: طلبة الطلبة ص٤٤، المغرب في ترتيب المعرب ص١٠٢.

(٥) الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٦.

(٦) هذا الحديث من رواية رُوَيْفِع بن ثابت الأنصاري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وأخرجه أحمد في مسنده بلفظه=

وفي وطئها سقيه ماءه زرع غيره[١].

لو تزوج امرأة حاملاً من السبي

رجل تزوج امرأة حاملاً من السَّبي[٢] لم يجز؛ لأنها مشغولة بحق محترم للغير؛ لأن الحمل ثابت النسب، يثبت من الحربي في دار الحرب، كما يثبت من المسلم في دار الإسلام[٣].

رجل تزوج أم ولد حامل من مولاها

رجل تزوج أم ولد حامل من مولاها لم يجز؛ لأنها مشغولة بحق محترم للغير، وهو الفراش، بخلاف ما إذا تزوجها وليس بها حمل حيث يجوز، وإن كان الفراش ثابتاً، بدليل أنها لو جاءت بولد لأقل من ستة أشهر يثبت النسب من مولاها بلا دعوى؛ لأنه فراش ضعيف[٤]، وقد ذكرنا أن الحق الضعيف لا يحرم النكاح، الدليل على ذلك أن النسب ينتفي بمجرد النفي من غير لعان، بخلاف

= (٢٨/ ١٩٩)، وأبو داود في سننه بلفظه، كتاب النكاح، باب في وطء السبايا، (٢/ ٢٤٨)، والترمذي في سننه بنحوه، أبواب النكاح، باب ما جاء في الرجل يشتري الجارية وهي حامل، وقال: هذا حديث حسن، (٣/ ٤٢٩). قال ابن الملقن: هذا الحديث صحيح. وقال الألباني: إسناده حسن. انظر: البدر المنير (٨/ ٢١٤)، صحيح أبي داود (٦/ ٣٧٢).

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٦، المبسوط (١٧/ ١٣٥)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٦٩)، المحيط البرهاني (٣/ ٧٩)، تبيين الحقائق (٢/ ١١٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٧).

(٢) السَّبْي: اسم للمسبي، وجمعه السبايا، وهو الأسر والاسترقاق. انظر: طلبة الطلبة ص٨٨، أنيس الفقهاء ص٦٧.

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٦، شرح قاضي خان (٢/ ٦٦٩)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ٨٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٨).

(٤) الفراش ينقسم إلى: قوي وضعيف، فالقوي هو فراش المنكوحة. والضعيف هو فراش أم الولد. والفرق بينهما أن الفراش الضعيف ينتفي نسبه بمجرد نفي المولى، بخلاف الفراش القوي حيث لا ينتفي نسب الولد من الزوج إلا باللعان. انظر: كشاف اصطلاحات الفنون (٢/ ١٢٦٦).

ما نحن فيه، فإن الفراش [تأكد][1] باتصال الحمل، فصار كما لو تأكد بالعتق، ولو تأكد بالعتق لا يجوز نكاحها، بأن تزوج أم ولد معتدة من مولاها بأن أعتقها، كذا هذا[2].

لو تزوج أخت أمته

رجل تزوج أخت أمته، وهو يطؤها - يعني أمته -، جاز النكاح عند علمائنا الثلاثة، ولا يطأ المنكوحة حتى تخرج التي وطِئها عن ملكه إما ببيع، أو هبة، أو تزويج؛ لأنه لو فعل ذلك كان جامعاً بين الأختين وطئاً، وإنه حرام. وقال زفر: لا يجوز؛ لأنه يصير جامعاً بين الأختين وطئاً؛ لأن المملوكة موطوءة حقيقة، والنكاح بسبب من الوطء، فأقيم مقامه. قلنا: النكاح ليس بوطء لا حقيقة ولا حكماً، ولو صار واطئاً حكماً إنما يصير واطئاً إذا ثبت حكمه، وحكم الوطء لا يثبت إلا عقيبه، فلا يقع الجمع بينهما وطئاً بنفس النكاح، فجاز النكاح، وثبت الملك المتعين للوطء، فلهذا نقول لا يطؤها حتى تخرج التي وطئها عن ملكه. وإن لم يكن وطِئ الأمة جاز وطء المنكوحة؛ لأن بوطئها لا يقع الجمع، فإذا وطئها لا يطأ الأمة حتى تخرج المنكوحة عن ملكه[3].

لو تزوج أختين في عقدتين

رجل تزوج أختين في عقدتين، جاز نكاح الأولى دون الثانية؛ لأن المحرم هو الجمع بينهما نكاحاً، وإنه يقع بنكاح الثانية، وإن اشتبه الأمر، ولا يَدْرِي

(١) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٦، شرح قاضي خان (٢/ ٦٦٩)، تبيين الحقائق (٢/ ١١٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٨).

(٣) لم أجد في كتب الحنفية من ينقل عن زفر ما نقل هنا، وإنما ينسبون قول زفر هنا لبعض المالكية. انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٨، المبسوط (٥/ ١٧٤)، شرح الصدر الشهيد ص٢٨٢، شرح العتابي ص٢٧٧، بدائع الصنائع (٢/ ٢٦٤)، شرح قاضي خان (٢/ ٦٧٩)، المحيط البرهاني (٣/ ٧٨)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ٨٦)، تبيين الحقائق (٢/ ١٠٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٧)، فتح القدير مع العناية (٣/ ٢١٣)، البحر الرائق (٣/ ١٠٢)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٤٠).

أيتهما / [١٠٧/ ب] الأُولى فُرِّق بينهما؛ لأنه لم يبق لبقاء النكاح فائدة؛ لأن فائدته الاستمتاع، ولا يمكنه أن يستمتع بأحديهما؛ لأنه لا يمكنه الـمَيْز بين من جاز نكاحها وبين [من][1] لم يجز، ويجب نصف المهر لهما؛ لأن نصف المهر يجب للتي جاز نكاحها؛ لأن الفرقة وقعت قبل الدخول، ولا يجب للأخرى شيء؛ لأن نكاحها لم ينعقد، لكن لا يُدْرَى الأولى من الأخرى فوجب لهما[2].

قال الفقيه أبو جعفر: تأويل المسألة إذا ادعت كل واحدة منهما أنها الأولى، وأنها المستحقة للنصف دون الأخرى؛ لأنهما استوتا في الدعوى، أما إذا لم تدعيا بل قالت كل واحدة منهما لا أدري أيتنا الأولى، لا يقضى بنصف المهر لهما، ولا لأحديهما؛ لأنها مجهولة، والقضاء للمجهول لا يصح[3]، إلا إذا ادَّعَتا أو اصطلحتا[4].

لو تزوج أمة في عدة حرة منه

رجل تزوج أمة في عدة حرة منه، من طلاق بائن أو ثلاث، لا يجوز عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه يجوز؛ لأن المحرم نكاح الأمة على الحرة بالنص، ولم يوجد؛ لأن نكاح الحرة زال بالبينونة، ولهذا إذا وطِئ حرة بشبهة، وفُرِّق بينهما، فتزوج أمة في عدتها جاز. ولنا: أن العدة ما دامت باقية تعمل عمل النكاح، ولهذا لا يجوز نكاح الأخت في عدة الأخت من طلاق بائن عندنا؛ لأن المحرم هو الجمع بينهما في حكم النكاح لا في نفسه؛ لأنه لا يتصور؛ لأنه كلام تلاشى،

---

(١) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٦، بدائع الصنائع (٢/ ٢٦٣)، شرح قاضي خان (٢/ ٦٧٠)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ٨٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٨).

(٣) هذه قاعدة فقهية عند الحنفية، ومن ألفاظها: جهالة المقضي له تمنع صحة القضاء، القضاء للمجهول وعلى المجهول باطل. انظر: المبسوط (٥/ ١٥٥)، المحيط البرهاني (٨/ ٤٤٦)، تبيين الحقائق (٢/ ١٠٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٨).

(٤) انظر: تبيين الحقائق (٢/ ١٠٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٩)، النافع الكبير ص١٧٦.

فما دامت العدة باقية فحكم النكاح باق، وهو الملك الحاجز عن الابتذال والخروج والبروز[(١)].

لو تزوج امرأة شهراً على عشرة دراهم

رجل تزوج امرأة شهراً على عشرة دراهم، بحضرة شاهدين، لم يجز عندنا، خلافاً لزفر؛ لأنه بمعنى المتعة المنسوخة، والمسألة قد مرت[(٢)].

لو تزوج صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة

رجل تزوج صغيرة وكبيرة، فأرضعت الكبيرة الصغيرة، فسد نكاحهما؛ لأنه صار جمعاً بين الأم والبنت، وإنه حرام بالإجماع[(٣)]، وإن لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها، وللصغيرة نصف المهر؛ لأن الفرقة جاءت من قبل غيرها قبل الدخول بها، ويرجع به على الكبيرة إذا تعمدت الفساد، وإن لم تتعمد فلا؛ لأنها مسببة لا مباشرة، وإنه ينهض سبباً للضمان إذا كانت متعدية في السبب، ولا تعدي عند عدم القصد[(٤)]، حتى إنها لو لم تعلم أن الصغيرة في نكاحه، أو علمت لكن لم تتعمد فساد النكاح، وإنما تعمدت دفع الجوع أو الهلاك عنها، لا يرجع عليها؛ لأنها غير متعدية في التسبب، وإن علمت بالنكاح لكن لم تعلم أن نكاحه يفسد بإرضاعها، فأرضعت، فكذلك؛ لأن جهل الحرة في دار الإسلام بالأحكام وإن لم يكن عذراً لكن / [١٠٨/أ] القصد لا يتحقق

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٧، المبسوط (٥/ ١١٧)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٦٧)، شرح قاضي خان (٢/ ٦٧٠)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٣).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٧، شرح قاضي خان (٢/ ١٨)، الجوهرة النيرة (٢/ ١٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٥).

(٣) انظر: موسوعة الإجماع للشيخ سعدي ص١١٩٧.

(٤) هذه المسألة تندرج تحت القاعدة الفقهية: المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي، أو بلفظ آخر: المباشر ضامن وإن لم يتعمد، والمتسبب لا إلا إذا كان متعمداً. انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٤٣، البحر الرائق (٣/ ٢٤٩)، ترتيب اللآلئ في سلك الأمالي (٢/ ١٠٤٥)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٦٠٧)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (١/ ٩٤).

مع الجهل[١]، فلا تصير متعدية[٢].

غلام لم يبلغ وجامع امرأته

غلام لم يبلغ، ومثله يجامع - أي يشتهي وتنتشر آلته -، جامع امرأته، وجب عليها الغسل، وحَلَّت للزوج الأول؛ لأنهما حكمان يتعلقان بالوطء وقد وجد، ولا يقال إنما يجب الغسل بوطء هو سبب لخروج الماء ولم يوجد. قلنا: وطؤه سبب لنزول الماء من المرأة وقد وجد، فلا جرم أن الغسل يجب عليها، وغرضنا بيان الحكم في جانب المرأة، وإنما سكت محمد عن ذكر وجوب الغسل على الغلام؛ لأنه لا يجب عليه؛ لأنه غير مخاطب[٣].

امرأة مست رجلاً بشهوة

امرأة مست رجلاً بشهوة، حرمت عليه أمها وابنتها، وتحرم هي على ابنه وأبيه، كما إذا مسها الرجل بشهوة؛ لأن المس بشهوة سبب الوطء حساً، والوطء الذي هو سبب لحصول الولد يوجب حرمة المصاهرة، حلالاً كان الوطء أو حراماً عندنا، وكذا سببه وهو المس بشهوة، ولهذا تثبت حرمة المصاهرة بالنكاح؛ لأنه سبب للوطء حكماً، وبالتقبيل بشهوة؛ لأنه سبب له حساً، وكذلك بالنظر إلى فرج المرأة بشهوة، [وتفسير الشهوة: هي أن يشتهي بقلبه][٤]، ويعرف [ذلك][٥]

(١) هذه قاعدة فقهية عند الحنفية، ومن ألفاظها: لا يتصور القصد مع الجهل، يعتبر الجهل لدفع قصد الفساد. انظر: تبيين الحقائق (٢/ ١٨٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٧٧)، فتح القدير مع العناية (٣/ ٤٦٠)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (١/ ٣٥٨)، البحر الرائق (٣/ ٢٤٩).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٧، المبسوط (٣٠/ ٢٩٩)، شرح العتابي ص٢٧٧، بدائع الصنائع (٤/ ١١)، شرح قاضي خان (٢/ ٦٧٢)، تبيين الحقائق (٢/ ١٨٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٧٥).

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٨، شرح قاضي خان (٢/ ٦٧٤)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٥٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٧٩).

(٤) سقط، وأثبته من: بدائع الصنائع (٢/ ٢٦٠).

(٥) سقط، وأثبته من: بدائع الصنائع (٢/ ٢٦٠).

بخبر الماسّ؛ لأنه لا يوقف عليه إلا بخبره، أما بانتشار الآلة فلا، فإن الشهوة تنفك عن انتشار الآلة، فإن العِنِّين[1] يشتهي ولا تنتشر آلته، والمراد من الفرج: موضع الجماع، حتى إنه لو نظر إلى فرج امرأة قائمة بشهوة لا تثبت حرمة المصاهرة؛ لأن النظر إلى موضع الجماع منها لا يتحقق[2].

رجل تزوج امرأة وخلا بها ثم طلقها وادعى أنه لم يجامعها

رجل تزوج امرأة، وأغلق باباً عليها، وأرخى ستراً، ثم طلقها، وقال: ما جامعتها، فصدقته المرأة، أو كذبته، لا يجوز لغيره أن يتزوجها ما دامت في العدة؛ لأن الخلوة صحت، وإنها قائمة مقام الوطء في حق تأكيد المهر، ووجوب العدة، فما دامت العدة باقية فهي مشغولة بحقه[3].

لو زوج أمته لآخر

رجل زوَّج أمته من رجل، وكان المولى يطؤها، جاز، وللزوج أن يطأها [قبل أن][4] يستبرئها بحيضة، وعلى هذا إذا تزوج امرأة رآها تزني، جاز وله أن يطأها، وقال محمد: لا أحب أن يطأها حتى يستبرئها؛ لأنا لو تيقنا بالعلوق حرم الوطء، فإذا أشككنا فيه وجب التنزه. ولنا: أن جواز النكاح بالإجماع دل على فراغ الرحم؛ لأنه لا يجوز على امرأة مشغولة الرحم بالغير، فدل جوازه على فراغ الرحم[5].

---

(١) العِنِّين: هو الذي لا يقدر على إتيان المرأة. انظر: طلبة الطلبة ص٤٧.

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٨، المبسوط (٤/ ٢٠٧)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٦٠)، شرح قاضي خان (٢/ ٦٧٩)، المحيط البرهاني (٣/ ٦٣)، تبيين الحقائق (٢/ ١٠٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٦).

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٨، شرح العتابي ص٢٧٨، شرح قاضي خان (٢/ ٦٨٠).

(٤) كتبها الناسخ: (حتى)، وهو خطأ، وما أثبته هو الصواب، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وأثبته من: شرح العتابي ص٢٧٨، بدائع الصنائع (٥/ ٢٥٣)، شرح قاضي خان (٢/ ٦٨١)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٩).

(٥) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٩، المبسوط (١٣/ ١٥١)، شرح العتابي ص٢٧٨، بدائع الصنائع (٥/ ٢٥٣)، شرح قاضي خان (٢/ ٦٨١)، تبيين الحقائق (٢/ ١١٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٩).

وصف المهر

باب المهر(١)

الأصل فيه: أن المهر مال متقوم بين الناس، مضمون / [١٠٨/ ب] بالمملوك بالنكاح، والنكاح غير مشروع بدونه، وعند الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ مشروع؛ لأن المهر خالص حقها؛ لأنه عوض عن بضعها، وبضعها حقها، فتملك تمليكه بعوض وبغير عوض، كسائر أملاكها، يدل عليه أنها تملك استيفاءه وإسقاطه بعد الوجوب، وإنه آية الحَقِّيَّة(٢). وإنا نقول: في النكاح رِق ومِلْك، قال صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «النكاح رِق، فلينظر أحدكم أين يضع كريمته»(٣)، وفي المحل ما ينافيهما، وهي الحرية والمالكية، إلا أن الشرع أسقط اعتبار المنافي ضرورة تحقيق المصالح المطلوبة من النكاح بالمهر؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾(٤)، ولا ضرورة في إسقاط المنافي بغير بدل، فلا يسقط اعتباره؛ ولأن الإسقاط ببدل دون الإسقاط بغير بدل في الضرورة، ومما يؤيده: وهو أن النكاح بغير بدلٍ بدلَ

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٩.

(٢) ويسمى عند الشافعية بنكاح التفويض، ومن صوره: أن تتنازل المرأة الرشيدة البالغة بكراً كانت أم ثيباً عن حقها في المهر، فيصح العقد، ويجب لها مهر المثل بالدخول عند الشافعية، وعند الحنفية يجب لها مهر المثل بنفس العقد. انظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي (٩/ ٣٧٦)، روضة الطالبين (٧/ ٢٧٩)، كفاية الأخيار ص٣٦٨، جواهر العقود (٢/ ٨٣)، مغني المحتاج (٤/ ٣٨٠).

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه موقوفاً على أسماء بنت أبي بكر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا بلفظ: "إن هذا النكاح رق، فلينظر أحدكم عند من يُرِقُّ كريمته"، كتاب الوصايا، باب ما جاء في المناكحة، (١/ ١٩١)، وكذلك ذكره البيهقي في الكبرى عن أسماء رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهَا، كتاب النكاح، باب الترغيب في التزويج من ذي الدِّين والخلق المرضي، وقال: وروي ذلك مرفوعاً، والموقوف أصح، (٧/ ١٣٢).

(٤) سورة النساء الآية رقم: ٢٤.

البُضْع وإباحتِه وإنها محرمة[١]؛ إبانة لخطر المحل؛ لأنه محل الحرث والنسل، والحرمة حق الشرع، فظهر أن البضع ليس بخالص حق المرأة؛ لأن الأشياء بأسرها ملك الله تخليقاً، فإنما يثبت الملك للخلق بإثباته بقدر ما أثبت، وقد أثبت لها الملك على هذا الوجه، وبهذا ظهر أن المهر حق الله وجوباً، وحق المرأة بقاء، ولا تملك التصرف فيه حالة الوجوب، وتملك بعده[٢].

مسلم تزوج مسلمة على أن لا مهر

فإذا ثبت أنه غير مشروع بدونه، فإذا تزوج مسلم مسلمة على أن لا مهر، أو سكت عن ذكره، جاز النكاح بالإجماع[٣]، ووجب مهر المثل بنفس العقد عندنا[٤]، خلافاً للشافعي[٥]؛ لأن غير المشروع لا وجود له شرعاً، ومع ذلك وجد بالإجماع، [فعلم][٦] أنه وجد بوصفه المشروع، وهو المهر، ولا يفسد بهذا الشرط الفاسد؛ لأن النكاح لا تفسده الشروط الفاسدة[٧]، بخلاف البيع، فإنه لو اشترى عيناً على أن لا ثمن، أو سكتا عن ذكره، حيث يفسد البيع؛ لأن

---

(١) الضمير في قوله: "وإنها محرمة" يعود على إباحة البضع في النكاح بغير بدل، هذه الإباحة محرمة.

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٧٤)، تبيين الحقائق (٢/ ١٤٠)، البناية (٥/ ١٣١)، فتح القدير (٣/ ٣١٦، ٣٢٥).

(٣) انظر: موسوعة الإجماع لشيخ الإسلام ابن تيمية ص٥٠٣.

(٤) انظر: المبسوط (٥/ ٦٢)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٧٤).

(٥) عند الشافعية إذا لم يسم المهر في العقد، أو تم العقد على ألا مهر، فيجب للمرأة مهر المثل بالدخول وليس بنفس العقد كما عند الحنفية. انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٤٧٣)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٩/ ٤٤٤).

(٦) كتبها الناسخ: (علم)، وما أثبته يقتضيه سياق الكلام.

(٧) هذه قاعدة فقهية يوردها الحنفية بكثرة في كتبهم. انظر: المبسوط (٥/ ٨٩)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٧٧)، المحيط البرهاني (٨/ ٨٠)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٠٤)، تبيين الحقائق (٢/ ١١٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٥)، فتح القدير (٣/ ١٩٨)، غمز عيون البصائر (١/ ٣٤٦).

البيع تفسده الشروط الفاسدة[١]، وإنما وجب مهر المثل؛ لأنه هو الأصل؛ لأنه هو العدل.

ضابط مهر المثل

ويعتبر بمهر نساء عشيرتها عند التساوي في الخمسة، وهي: الجمال، والمال، والسن، والمكان، والدين؛ لأن المهر يختلف باختلاف هذه الأشياء[٢].

ولو وجد هذا النكاح مع هذا الشرط من أهل الذمة، فكذلك عند أبي يوسف [و][٣] محمد رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، وعند أبي حنيفة لا مهر بناء على أن حكم الإسلام لا يلزم أهل الذمة عند أبي حنيفة إذا جاء ورود الشرع بخلافه، وعندهما يلزم، وإن حصل هذا النكاح بهذا الشرط من أهل الحرب، / [١٠٩/ أ] فلا مهر في قولهم؛ لأنه يجوز في دينهم، وحكم الإسلام لا يلزمهم في قولهم[٤].

أدنى المهر

وأدناه مقدر بعشرة دراهم شرعـًا، أو ما قيمته قيمة عشرة دراهـم[٥]، وعند الشافعي غير مقدر، والتقدير إلى المتعاقدين كما في البيع[٦]، وإنه مردود بقوله

---

(١) هذه قاعدة فقهية يستدل بها الحنفية كثيراً. انظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٧٥)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٠٤)، تبيين الحقائق (٤/ ٥٨)، البحر الرائق (٦/ ٩٥)، غمز عيون البصائر (١/ ٣٤٦).

(٢) بعض الحنفية يذكر من الأمور المعتبرة في المهر غير ما ذكر هنا: العقل، والبكارة ويعبرون عنها أحياناً بالعفة، والزمان ويعبرون عنه بالعصر، والنسب. انظر: المبسوط (٥/ ٦٤)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٨٧)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٠٨)، تبيين الحقائق (٢/ ١٥٤)، الجوهرة النيرة (٢/ ٢٠)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٨٥).

(٣) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٤) انظر: المبسوط (٥/ ٩٢)، بدائع الصنائع (٢/ ٣١٢)، تبيين الحقائق (٢/ ١٥٩)، البناية (٥/ ٢٠١).

(٥) انظر: المبسوط (٥/ ٨٠)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٧٥)، تبيين الحقائق (٢/ ١٣٦)، البناية (٥/ ١٣١).

(٦) انظر: الأم (٥/ ١٧٢)، الحاوي الكبير (٩/ ٣٩٧)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٩/ ٣٦٩).

تعالى: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ﴾(١)، أي قَدَّرْنا(٢)، وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تزوج النساء إلا من الأكفاء، ولا مهر أقل من عشرة»(٣).

تسمية المهر

وإن سمى لها مهراً، إن صحت التسمية بأن سمى مالاً متقوماً معلوم القدر ولا ينقص عن عشرة، يجب المسمى لا غير، وإن كان مهر المثل هو الأصل؛ لأنه مجهول، ولا جهالة في المسمى، فكان أولى(٤).

وإن فسدت التسمية بأن سمى لها ما ليس بمال، كطلاق الضرة، والعفو عن القصاص، وتعليم القرآن، أو سمى لها مالاً لكنه غير متقوم في حقها، كالخمر والخنزير، أو سمى لها مالاً متقوماً في حقها لكنه مجهول جهالة متفاحشة، يجب لها مهر المثل؛ لأنه الواجب في الأصل، وإنما يصار إلى المسمى إذا صحت التسمية [ولم تصح](٥)(٦).

---

(١) سورة الأحزاب الآية رقم: ٥٠.

(٢) انظر: تفسير النسفي (٣/ ٣٩).

(٣) هذا الحديث روي عن جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا بلفظ: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: "لا تنكحوا النساء إلا الأكفاء، ولا يزوجهن إلا الأولياء، ولا مهر دون عشرة دراهم"، أخرجه الطبراني في الأوسط (١/ ٦)، والدارقطني في سننه، كتاب النكاح، باب المهر، وقال: فيه مبشر بن عبيد وهو متروك الحديث أحاديثه لا يتابع عليها، (٤/ ٣٥٨)، والبيهقي في الكبرى، كتاب النكاح، باب اعتبار الكفاءة، وقال: هذا حديث ضعيف، (٧/ ٢١٥)، والحديث ضعفه الزيلعي وابن حجر، وقال الألباني: موضوع. انظر: نصب الراية (٣/ ١٩٩)، الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ٦٣)، إرواء الغليل (٦/ ٢٦٤).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٧٧).

(٥) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٧٧)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٠٤)، تبيين الحقائق (٢/ ١٥٠).

ضابط الجهالة المتفاحشة وغير المتفاحشة في المهر

والجهالة المتفاحشة: جهالة الجنس، وما يجري مجراه، كالثوب والدار. وغير المتفاحشة: جهالة الوصف دون الجنس، نحو أن يتزوجها على ثوب هروي جاز، ويجب الوسط من ذلك(١).

وإن فسدت من وجه دون وجه، بأن سمى لها مالاً وضم إليه ما ليس بمال، إن كان المضموم إليه منتفعًا به في حقها، كطلاق الضرة، وتعليم القرآن، يعتبر ذكره في حق توقيف المسمى على استحكامه بالوفاء به، فإن وَفَّى به لا يجب إلا المسمى إذا كان عشرة دراهم فصاعداً، وإن كان دونها تمم لها عشرة، وإن لم يفِ به يبلغ مهر مثلها؛ لأنه إذا كان منتفعًا به فهو شبيه المال، وإن لم يكن مالاً فمن حيث أنه شبيهه اعتبر ذكره في حق توقيف المسمى على الاستحكام، ومن حيث أنه ليس بمال لم يعتبر ذكره(٢).

وإن كان المضموم إليه غير منتفع به في حقها، نحو إن تزوجها على دراهم معلومة وأرطال من خمر، لا يجب إلا المسمى إن كان عشرة فصاعداً؛ لأنه ليس بمال ولا شبيهه فلغا ذكره، وإن كان دونها أتم لها عشرة، وعند زفر يجب مهر المثل؛ لأن التسمية قد فسدت فيصار إلى مهر المثل. ولنا: أن فسادها لحق الشرع لا لحقها؛ لأنها قد رضيت باليسير، وحق الشرع يتأدى بالعشرة، بخلاف ما إذا لم يُسَمِّ لها شيئًا؛ لأن الرضا بغير شيء لا يكون دليل الرضا بدون حقها، فإن المرء قد يرضى بغير شيء ولا يرضى بدون حقه، بخلاف الرضا باليسير، فإنه دليل الرضا بالكثير بطريق الأولى(٣).

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٨٣)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٠٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٦٩-١٧٢).

(٢) انظر: المبسوط (٥/ ٩٠)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٨٠)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٠٥)، تبيين الحقائق (٢/ ١٤٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٦٥).

(٣) انظر: المبسوط (٥/ ٨٩)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٧٦، ٢٨١)، المحيط البرهاني (٣/ ٨٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٣٧).

وإن تزوجها على ثوب قيمته ثمانية، ثم ازداد / [١٠٩/ ب] فصارت قيمته عشرة أو أكثر، يجب الثوب ودرهمان؛ لأن قيمته تعتبر لدى العقد، فصار كما لو تزوجها على ثمانية دراهم، وهو على الخلاف الذي بينا(١).

وإن سمَّى وأشار، والمشار إليه من [جنس](٢) المسمى، تعلق العقد [بالمشار](٣) إليه؛ لأن الإشارة أبلغ في التعريف من التسمية؛ لأنها تقطع الشركة، والتسمية لا تقطعها، وإن كان من خلاف جنسه تعلق العقد بالمسمى(٤).

لو اختلف الزوجان في مقدار المهر

والاختلاف متى وقع بين الزوجين في مقدار المهر في حالة الحياة قبل الطلاق، يُحَكَّمُ مهر المثل عند أبي حنيفة ومحمد، فمن شهد له فالقول مع يمينه، وإن [نكل](٥)(٦) لزمه دعوى صاحبه؛ لأنه أقر بما ادعاه، وإن أقام أحدهما بينة [قبلت](٧) بينته؛ لأنها بينت ما يدعيه، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة من لا يشهد له مهر المثل؛ لأنها أكثر إثباتاً، وإن لم يشهد مهر المثل لهما تحالفا،

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٧٦)، المحيط البرهاني (٣/ ٨٥)، الجوهرة النيرة (٢/ ١٣).

(٢) كتبها الناسخ: (جنسي)، وهو خطأ، وما أثبته من: المبسوط (٥/ ٨٣).

(٣) كتبها الناسخ: (المشار إليه)، وما أثبته من: المبسوط (٥/ ٨٣).

(٤) هذه المسألة مبنية على أصل مجمع عليه عند الحنفية، قال السرخسي في المبسوط: "الأصل أن الإشارة والتسمية إذا اجتمعتا، فإن كان المشار إليه من جنس المسمى يتعلق العقد بالمشار إليه، وإن كان من غير جنس المسمى يتعلق بالمسمى". قال الكاساني: "هذا أصل مجمع عليه". انظر: المبسوط (٥/ ٨٣)، الفروق للكرابيسي (٢/ ٨٩)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٧٩)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٠٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٧٧)، فتح القدير (٣/ ٣٦٠)، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٩٧.

(٥) كتبها الناسخ: (كل)، وهو خطأ، وما أثبته من: بدائع الصنائع (٢/ ٣٠٥).

(٦) نَكَل: من النُكول، وأصله الجُبْن، يقال: نكل عن العدو أي جَبُن عنه، فلم يتجاسر على الإقدام عليه، ومراد الفقهاء من هذه اللفظة هو الامتناع عن اليمين. انظر: طلبة الطلبة ص٤٣.

(٧) كتبها الناسخ: (قبل)، والسياق يقتضي ما أثبته.

[ومن][1] نكل لزمه دعوى صاحبه، وإن حلفا وجب مهر المثل، ولا يفسخ العقد، بخلاف البيع إذا اختلفا في الثمن وتحالفا حيث يفسخ البيع؛ لأنهما لما تحالفا بقي البيع بلا ثمن مسمى، والبيع بلا ثمن فاسد، فيُفْسَخ موجباً للفساد لا موجباً للتحالف، بخلاف ما نحن فيه، فإن النكاح لا يفسد بنفي المهر؛ لما بينا، فلا يُفْسَخ. وأيهما أقام البينة قبلت؛ لأنها مثبتة لما يدعيه، وإن [أقاماها][2] تَهاتَرَتا[3]، وهو الصحيح؛ لأنهما استويا في الدعوى والإثبات، وليست إحداهما بأولى من الأخرى[4].

وإن اختلفا في مقدار المهر بعد الطلاق في الحياة، إن كان قد دخل بها، أو خلا بها خلوة صحيحة، فالجواب كذلك؛ لأن حكم مهر المثل لم يسقط فيُحَكَّم، وإن لم يدخل بها ولم يخل بها خلوة صحيحة، فعلى قياس قولهما يُحَكَّم متعة المثل؛ لأن حكم مهر المثل قد سقط، فبقي الحكم لمتعة المثل، وهو المذكور في الجامع الكبير[5]، وذكر في الجامع الصغير: القول قول الزوج في النصف[6]، وهو المذكور في المبسوط[7]، وليس هذا باختلاف رواية، وإنما اختلف الجواب؛ لاختلاف الوضع، فإن وضع المسألة في المبسوط في الألف والألفين، ومتعة المثل لا تزيد على نصف الألف عادة، فلا يكون في تحكيمها فائدة؛ لأن الزوج

---

(١) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٢) كتبها الناسخ: (أقاما)، وما أثبته هو الصواب. انظر: فتح القدير (٣/ ٣٧٦).

(٣) تَهاتَرَتا: أي تساقطتا وبطلتا. انظر: المغرب في ترتيب المعرب ص٤٩٩.

(٤) انظر: المبسوط (٥/ ٦٥)، بدائع الصنائع (٢/ ٣٠٥)، تبيين الحقائق (٢/ ١٥٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٩٥)، فتح القدير (٣/ ٣٧٦)، حاشية ابن عابدين (٣/ ١٤٨).

(٥) انظر: الجامع الكبير ص٩٢.

(٦) انظر: الجامع الصغير ص١٨٠.

(٧) انظر: الأصل (١٠/ ٢٢٨).

مقر بنصف الألف، ولم يذكر في الجامع الصغير القدر، فحمل على المذكور في المبسوط، ووضع المسألة في الجامع الكبير في العشرة والمائة، بأن ادعى الزوج أنه تزوجها بعشرة، والمرأة تدعي التزوج بمائة، ومتعة المثل عشرون، أو ثلاثون، وإنها تزيد على العشرة عادة، فكان في تحكيم المتعة فائدة[(١)]. وعند أبي يوسف في الفصول كلها القول قول الزوج إلا أن يأتي بشيء مستنكر، قيل: أراد به/ [١١٠/أ] أنه يدعي أنه تزوجها بما لا تتزوج مثلها بمثله عادة؛ لأنه مستنكر عادة. وقيل: إنه أراد أنه ادعى التزوج بأقل من العشرة؛ لأنه مستنكر شرعاً[(٢)].

وإن كان الاختلاف في أصل التسمية يجب مهر المثل في قولهم[(٣)]. وإن كان بعد موت أحدهما، فالجواب فيه كالجواب في الاختلاف في الحياة قبل الطلاق[(٤)].

وإن كان الاختلاف في مقداره بعد موتهما، فعند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ القول قول ورثة الزوج، وعند محمد يُحَكَّم مهر المثل، كما في الحياة[(٥)].

وإن اختلفا في أصل التسمية بعد موتهما، فالقول قول من ينكر التسمية، ولا يقضى بشيء عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه[(٦)].

---

(١) انظر: المبسوط (٥/ ٦٦)، شرح العتابي ص٢٧٩، بدائع الصنائع (٢/ ٣٠٧)، شرح قاضي خان (٢/ ٦٨٨)، تبيين الحقائق (٢/ ١٥٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٩٤)، فتح القدير (٣/ ٣٧٣).

(٢) انظر: المبسوط (٥/ ٦٦)، بدائع الصنائع (٢/ ٣٠٥)، شرح قاضي خان (٢/ ٦٨٨)، المحيط البرهاني (٣/ ١٠٤)، تبيين الحقائق (٢/ ١٥٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٩٣).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٣٠٥)، شرح قاضي خان (٢/ ٦٩٠)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٩٦).

(٤) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٦٩٠)، تبيين الحقائق (٢/ ١٥٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٩٦).

(٥) وعند أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ القول قول الورثة إلا أن يأتوا بشيء قليل. انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٦٩١)، تبيين الحقائق (٢/ ١٥٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٩٦).

(٦) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٦٩١)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٩٧).

وإن اختلفا في المبعوث إلى المنكوحة أنه هدية أو من المهر، فالقول قول الزوج؛ لأنه الـمُمَلِّك، وإنه أعلم بجهة تمليكه من غيره(١).

لو اختلفا في متاع البيت

وإن اختلفا في متاع [البيت](٢)، فما يصلح للرجال كالقَبَاء، والقلنسوة، والقوس، فهو له؛ لأن الظاهر يشهد له. وما يصلح للمرأة كالـمِقْنَعَة(٣)، والخف، فهو لها؛ لأن الظاهر يشهد لها. وما يصلح لهما كالبسط، فالقول قول الزوج مع يمينه؛ لأنه في يده، واليد دليل الملك، إلا أنا تركنا هذا الظاهر فيما يصلح لأحدهما خاصة؛ لمعارضة ظاهر أقوى منه(٤).

متى يجب المهر، ومتى يتأكد؟

والمهر يجب بالعقد، ويتأكد بالدخول؛ لأن الوطأة تقوم مقام الوطآت كلها في حق تأكد المهر، وبالموت [أيضاً](٥)؛ لأنه ينتهي به، والشيء إذا انتهى تأكد، وبالخلوة الصحيحة عندنا؛ لأنها قائمة مقام الوطء في حق تأكد المهر ووجوب العدة.

والخلوة الصحيحة أن لا يكون ثَمَّ مانع حقيقي ولا شرعي(٦). وبالطلاق قبل الدخول يسقط نصف المسمى(٧)، وإن لم يكن مسمى تجب المتعة(٨).

---

(١) انظر: تبيين الحقائق (٢/ ١٥٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٩٨).

(٢) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٣) المِقْنَعَة: هي ما تَقَنَّع به المرأة من ثوب تغطي بع رأسها ومحاسنها. انظر: طلبة الطلبة ص٥٦، لسان العرب (٨/ ٣٠٠).

(٤) انظر: المبسوط (٥/ ٣١٢)، بدائع الصنائع (٢/ ٣٠٨)، تبيين الحقائق (٤/ ٣١٢).

(٥) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٨٧، ٢٩١)، المحيط البرهاني (٣/ ١٠٩)، تبيين الحقائق (٢/ ١٣٨، ١٤٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٤٧).

(٧) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٩٦)، المحيط البرهاني (٣/ ١١٢)، تبيين الحقائق (٢/ ١٣٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٣٩).

(٨) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٣٠٢)، المحيط البرهاني (٣/ ١١٢)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٠٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٤٢).

فإذا عرف هذا نقول: قال: إذا اختلفا في المهر، فالقول قول المرأة إلى مهر مثلها، والقول قول الزوج فيما وراء ذلك عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف القول قول الزوج إلا أن يأتي بشيء قليل، وفي رواية: إلا أن يأتي بشيء مستنكر جداً[١].

أوجه الاختلاف في المهر بين الزوجين

والاختلاف في المهر على أوجه، أحدها: اختلفا في مقداره في الحياة قبل الطلاق، نحو إن ادعى الزوج التزوج بألف، والمرأة بألفين، يُحَكَّم مهر المثل عند أبي حنيفة ومحمد، فإن كان مهر مثلها ألفاً، فالقول قول الزوج مع يمينه؛ لأن [الظاهر][٢] يشهد له، فإن نكل لزمه ألفان تسمية؛ لأنه أقر بما ادعته؛ لأن النكول إقرار، ونعني بالتسمية أنه يتحتم عليه الدراهم، ولا يتخير بين دفع الدراهم ودفع الدنانير، وإن حلف فلها الألف تسمية؛ لأنهما اتفقا عليها، وإن أقامت البينة، فلها الألفان تسمية؛ / [١١٠/ب] لأنها أثبتتها بالبينة، وإن أقام الزوج [البينة][٣] قبلت؛ لأنها مثبتة لما يدعيه، ولها الألف تسمية، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة المرأة؛ لأن الظاهر لا يشهد لها، فكانت بينتها أكثر إثباتاً.

وإن كان مهر مثلها ألفين، فالقول قولها مع يمينها؛ [لأن الظاهر يشهد لها][٤]، فإن نكلت فلها الألف تسمية؛ لأنها أقرت بما ادعاه الزوج، وإن حلفت فلها الألفان، ألف تسمية؛ لاتفاقهما عليه، وألف بحكم مهر المثل، يتخير الزوج بين دفع الدراهم وبين دفع الدنانير؛ لأن هذه الألف ما وجبت بيمينها؛ [لأن

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٧٩، شرح العتابي ص٢٧٩، البناية شرح الهداية (٥/ ١٩١).

(٢) كتبها الناسخ: (الظاهرة)، والسياق يقتضي ما أثبته.

(٣) سقط، يقتضيه سياق الكلام، وأثبته من: بدائع الصنائع (٢/ ٣٠٦).

(٤) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

يمينها][1] تنفي الحط، وإنما وجبت بحكم مهر المثل، فيتخير الزوج، وإن أقامت البينة، فلها الألفان تسمية؛ لأنها مثبتة لما تدعيه، وإن أقام الزوج البينة قبلت، ولها الألف تسمية؛ لأنها أثبتت ما يدعيه، وإن أقاما البينة، فالبينة بينة الزوج، وهو الأصح؛ لأن الظاهر لا يشهد له، فكانت بينته أكثر إثباتاً؛ لأنها أثبتت الحط، وبينتها أثبتت التعيين.

وإن كان مهر مثلها ألفاً وخمسمائة، لا يكون القول قول أحدهما؛ لأن الظاهر لا يشهد لهما، ويتحالفان، ويبدأ القاضي بيمين أيهما شاء، وتسحب له القرعة نفياً للتهمة، فإن خرجت القرعة على الزوج بدأ بيمينه، فإن نكل لزمه ألفان تسمية؛ لأنه أقر بما ادعته، وإن حلف ترد اليمين إليها، فإن نكلت فلها الألف تسمية؛ لأنها أقرت بما ادعاه الزوج، وإن حلفت فلها مهر المثل ألف وخمسمائة، ألف تسمية؛ لاتفاقهما عليها، وخمسمائة بحكم مهر المثل، يتخير الزوج بين دفع الدراهم والدنانير، وأيهما أقام البينة قبلت بينته، وإن [أقاماها][2] تهاترت البينتان، وهو الصحيح؛ لأنهما استويا في الدعوى والإثبات، وليست إحداهما بأولى من الأخرى، ووجب مهر المثل، وهو ألف وخمسمائة، لكن الكل بحكم مهر المثل؛ لأن بينة كل واحد منهما تنفي ما يدعيه صاحبه من التسمية، فانتفت التسميتان، وخلا العقد عن التسمية، فوجب مهر المثل، فيتخير الزوج في الكل بين دفع الدراهم وبين دفع الدنانير، بخلاف ما إذا حلفا، حيث يجب مهر المثل، ألف تسمية، وخمسمائة بحكم مهر المثل؛ لأن يمين كل واحد منهما تنفي ما تناولته دعوى صاحبه، وهو الزيادة والحط حقيقة، أما الألف فلم

(١) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.
(٢) كتبها الناسخ: (أقاما)، والسياق يقتضي ما أثبته، وأثبته من: فتح القدير (٣/ ٣٧٦).

تتناوله الدعوى حقيقة، وإنما تناولته صورة؛ لأنه ثابت باتفاقهما، فلهذا وجب الألف تسمية، وخمسمائة بحكم مهر المثل[١].

والثاني: اختلفا في مقداره في [الحياة][٢] بعد الطلاق وبعد الدخول، أو الخلوة الصحيحة، فالجواب فيه كالجواب في الفصل الأول؛ لما بينا أن المهر يتأكد بالدخول، أو الخلوة الصحيحة، فبقي الحكم لمهر المثل فيُحَكَّم[٣].

والثالث: اختلفا في [الحياة][٤]/ [١١١/ أ] في مقداره، بعد الفرقة قبل الدخول وقبل الخلوة، فقياس قولهما أن تُحَكَّم متعة المثل؛ لأن حكم مهر المثل قد سقط بالطلاق قبل الدخول والخلوة، وهو المذكور في الجامع الكبير[٥]، وذكر هاهنا: أن القول قول الزوج في النصف، وهو المذكور في المبسوط[٦]، وهذا اختلاف وضع لا اختلاف رواية؛ لما ذكرنا. وعند أبي يوسف في الفصول كلها القول قول الزوج إلا أن يأتي بشيء قليل؛ لأن تقويم البضع ضروري، ولا ضرورة هاهنا؛ لأنها تندفع بجعل القول قول الزوج [مع][٧] يمينه، فلا تظهر له قيمة، فلا يمكن تحكيم مهر المثل، فجعل القول قول الزوج؛ لأنه منكر للزيادة. ولنا: أن البضع متقوم في النكاح، فيرجع إلى قيمته عند الاختلاف في بدله، كما إذا وقع

---

(١) انظر المسألة بطولها وتفريعاتها في: المبسوط (٥/ ٦٥)، بدائع الصنائع (٢/ ٣٠٥)، شرح قاضي خان (٢/ ٦٨٦)، تبيين الحقائق (٢/ ١٥٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٩٤)، البحر الرائق (٣/ ١٩٣)، حاشية ابن عابدين (٣/ ١٤٨).

(٢) كتبها الناسخ: (الخلوة)، وهو خطأ. انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٣٠٧).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٣٠٧)، المحيط البرهاني (٣/ ١٠٥)، الفتاوى الهندية (١/ ٣٢١).

(٤) كتبها الناسخ: (الخلوة)، وهو خطأ. انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٦٨٨).

(٥) انظر: الجامع الكبير ص٩٢.

(٦) انظر: الأصل (١٠/ ٢٢٨)، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٠.

(٧) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

الاختلاف في قيمة الصبغ في الثوب، يرجع إلى ما زاد الصبغ فيه، كذا هذا[١].

والرابع: اختلفا في أصل التسمية أنها كانت أو لا، ولم يكن للمدعي بينة، وحلف المنكر، وجب مهر المثل في قولهم، أما على قولهما فظاهر، وأما على قول أبي يوسف فيحتاج إلى الفرق، ووجهه: أن الخلاف وقع في أصل التسمية ولم يثبت، فخلا العقد عن التسمية، فوجب مهر المثل، بخلاف ما نحن فيه، فإنهما اتفقا على أصل التسمية واختلفا في التعيين، فأخذنا بالمتيقن، وجعلنا الطريق في ذلك قول الزوج مع يمينه؛ لأنه منكر للزيادة[٢].

والخامس: اختلف الحي وورثة الميت بعد موت أحدهما، فالجواب فيه كالجواب في الاختلاف في الحياة في مقداره قبل الطلاق؛ لأن مهر المثل [لا][٣] يسقط بموت أحدهما، ألا ترى أن في مسألة المفوضة وهي التي تزوجها ولم يُسمِّ لها مهراً إذا مات أحدهما يجب مهر المثل، فإذا لم يسقط حُكْم مهر المثل يرجع إلى تحكيمه[٤].

والسادس: اختلف ورثتهما في مقداره بعد موتهما، فالقول قول ورثة الزوج عند أبي حنيفة؛ لأنه سقط مهر المثل؛ لأن الظاهر بعد موتهما موت من يقدر مهر المثل بمهرها، فعجز القاضي عن القضاء بمهر المثل، فسقط مهر المثل

---

(١) انظر: المبسوط (٥/ ٦٦)، شرح العتابي ص٢٨١، بدائع الصنائع (٢/ ٣٠٧)، شرح قاضي خان (٢/ ٦٨٨)، المحيط البرهاني (٣/ ١٠٧)، تبيين الحقائق (٢/ ١٥٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٩٤).

(٢) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٦٩٠)، تبيين الحقائق (٢/ ١٥٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٩٦).

(٣) كتبها الناسخ: (لأنه)، والسياق يقتضي ما أثبته.

(٤) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٦٩٠)، تبيين الحقائق (٢/ ١٥٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٩٦).

عند أبي حنيفة، ولهذا قال في مسألة المفوضة: إذا ماتا لا يجب شيء، إلا أنه [لا استثناء][1] في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف [الاستثناء بشيء قليل، وعند محمد يحكم مهر المثل كما في حال الحياة؛ لأن مهر المثل لا يسقط][2][3].

والسابع: اختلف ورثتهما بعد موتهما في أصل التسمية، فالقول قول من ينكرها عند أبي حنيفة، ولا يقضى بمهر المثل؛ لأنه سقط عنده لما بينا، وعند صاحبيه يقضى بمهر المثل، كما في المفوضة، وقال مشايخ ما وراء النهر: هذا إذا لم تسلم / [١١١/ب] نفسها إليه، أما إذا سلمت ثم اختلفا في حال [الحياة][4]، أو بعد الممات، لا يُحَكَّم مهر المثل؛ لأن العادة جرت أنها لا تسلم نفسها إلى زوجها إلا بعد استعجال شيء من المهر، فيقال لها: إما أن تُقِرِّي بقبض شيء من المهر، أو يقضى عليك بالمتعارف[5].

لو قال تزوجتك على أحد هذين العبدين

رجل قال: تزوجتك على هذين العبدين، فإذا أحدهما حر، فلها العبد لا غير عند أبي حنيفة إن كان يساوي عشرة دراهم فصاعداً، وإن كان لا يساوي عشرة يتمها عشرة. وقال محمد: لها العبد وتمام مهر مثلها إن كان مهر مثلها أكثر من العبد. وقال أبو يوسف: لها العبد وقيمة الحر أن لو كان عبداً.

---

(١) كتبها الناسخ: (الاستثناء)، وما أثبته من: تبيين الحقائق (٢/ ١٥٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٩٦).

(٢) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٣) انظر: المبسوط (٥/ ٦٧)، بدائع الصنائع (٢/ ٣٠٨)، شرح قاضي خان (٢/ ٦٩١)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٩٦).

(٤) كتبها الناسخ: (الممات)، وهو خطأ، وما أثبته من: شرح قاضي خان (٢/ ٦٩٢)، تبيين الحقائق (٢/ ١٥٨).

(٥) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٦٩١)، تبيين الحقائق (٢/ ١٥٨)، درر الحكام (١/ ٣٤٨)، البحر الرائق (٣/ ١٩٧)، حاشية ابن عابدين (٣/ ١٥٠)، الفتاوى الهندية (١/ ٣٢١).

وعلى هذا الخلاف إذا قال: تزوجتك على هاتين الشاتين الذكيتين، فإذا إحداهما ميتة، وهذه المسألة بناء على مسألة أخرى وهي أنه إذا قال: تزوجتك على هذا العبد، فإذا هو حر، فلها مهر المثل عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ لها قيمة الحر أن لو كان عبداً. ولو قال لها: تزوجتك على هذا الدَّن من الخل، فإذا هو خمر، فلها مهر مثلها عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه لها مثل هذا الدَّن خل وسط[1].

والأصل في جنس هذه المسائل ما ذكرنا: أنه متى سمى وأشار، والمشار إليه من جنس المسمى تعلق العقد بالمشار، وإن كان من خلاف جنسه تعلق بالمسمى. وإنما اختلفوا؛ لاختلافهم في التخريج عليه، قال أبو يوسف: المشار إليه من خلاف جنس المسمى في الفصول كلها في كونه مهراً؛ لأن الحر، والخمر، والميتة، لا تصلح مهراً، فتعلق العقد بالمسمى، وإنه مال، فجعلت الإشارة بياناً للوصف، فصار تقديره: تزوجتك على عبد مثل هذا الحر في الوصف، وعلى شاة مثل هذه الميتة في الوصف، وعلى خل مثل هذا الخمر في الوصف. قيل: هذا ليس بشيء؛ لأن العقد متى تعلق بالمسمى وهو معدوم تفسد التسمية، فيجب مهر المثل، كما إذا تزوجها على ما يكسبه العام، أو يرثه، يجب مهر المثل بالإجماع[2].

وقيل: له وجه آخر، وهو أنه أطمعها في مال، وعجز عن تسليمه، فتجب قيمته، كما إذا تزوجها على عبد في ملكه، فمات قبل التسليم. لمحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الحر من جنس العبد، والميتة من جنس الذكية؛ لأن المجانسة بين الاثنين إنما ثبتت بالاتفاق في المنافع، ومنافع الحر والعبد تقع على نمط واحد، وكذلك منافع الذكية والميتة، إلا أن بينهما اختلافاً في الحل والحرمة، فتعلق العقد بالمشار إليه،

(١) انظر: المبسوط (٥/ ٨٣)، تبيين الحقائق (٢/ ١٥١)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٧٦).

(٢) وذلك لفساد التسمية وجهالتها. انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٨٦)، البحر الرائق (٣/ ١٥٧).

وإنه لا يصلح مهراً، ففسدت التسمية، فوجب مهر المثل، بخلاف الخمر، فإنها ليست من جنس الخل؛ / [١١٢/ أ] لأنهما يتفاوتان في المنفعة تفاوتاً فاحشاً، فتعلق العقد بالمسمى وإنه مال، فجعلت الإشارة بياناً للوصف، كما قال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ. لأبي حنيفة: أن المشار إليه من جنس المسمى في الفصول كلها؛ لأن المجانسة بين شيئين إنما تثبت بالاتفاق في الصورة والمعنى، والاتفاق إن لم يوجد هاهنا لكن وجد في الصورة، فإن صورة الحر مثل صورة العبد فتثبت المجانسة؛ لأن الثابت بشيئين لا يزول إلا بزوالهما، فإذا صار المشار إليه من جنس المسمى تعلق العقد بالمشار إليه، وإنه لا يصلح مهراً، ففسدت التسمية، فوجب مهر المثل.

وعلى هذا تخريج مسألة الكتاب، فإن أبا يوسف يقول: أطمعها في مالين، وعجز عن تسليم أحدهما، فتجب قيمته. ومحمد يقول: إذا كان المشار إليه الحر يجب مهر المثل، فإذا كان المشار إليه حراً وعبداً يجب العبد وتمام مهر المثل. وأبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ يقول: إن فسدت التسمية في أحدهما صحت في الآخر، فوجب المسمى، ووجوب المسمى وإن قل يمنع وجوب مهر المثل، كما إذا تزوجها على خمسة دراهم تَـمَّم لها عشرة، ولا يجب مهر المثل؛ لأن التسمية صحت في الخمسة ووجبت، فمُنع وجوب مهر المثل، فكذا فيما نحن فيه[1].

لو سمّى حراماً، وأشار إلى حلال

وإن سمى حراماً وأشار إلى حلال، نحو إن قال: تزوجتك على هذا الدَّن من الخمر، أو على هذا الحر، فإذا هو عبد وخل، يجب الحلال المشار إليه عند أبي حنيفة في ظاهر الرواية إن كان يبلغ عشرة دراهم، وإلا تمم العشرة؛ لأنه سمى

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٠، بدائع الصنائع (٢/ ٢٧٩-٢٨٠)، شرح قاضي خان (٢/ ٦٩٣-٦٩٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٧٦-١٧٩)، فتح القدير (٣/ ٣٥٨-٣٦٣).

وأشار، وكلاهما للتعريف، والإشارة أبلغ في التعريف من التسمية؛ لأنها تقطع الشركة، والتسمية لا تقطعها، فتعلق العقد بالمشار إليه، وإنه يصلح مهراً، وفي رواية عنه: يجب مهر المثل(١). وعن محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ إذا قال: تزوجتك على هذا الدَّن من الخمر، والظرف يساوي عشرة، فلها الدَّن لا غير، وفي رواية أخرى: لها مهر المثل؛ لأن الظرف تبع للمظروف، والتسمية قد فسدت في المظروف، فتفسد في التبع(٢).

رجل قال: تزوجتك على ألف إن أقام بها، أو على ألفين إن سافر بها، أو على ألف إن لم يكن له امرأة، وعلى ألفين إن كانت له امرأة، فعند أبي حنيفة الشرط الأول جائز والثاني فاسد، فإن وجد الشرط الأول، فلها المسمى وهو الألف، وإن لم يوجد فلها مهر المثل لا ينقص عن الألف ولا يزاد على ألفين. وقال صاحباه: الشرطان جائزان. وقال زفر: الشرطان فاسدان(٣). وهذه المسألة بناء على مسألة ذكرها في كتاب الإجارة، وهي: «رجل قال [للخياط](٤): إن خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم، وإن خطته / [١١٢/ ب] غداً فلك نصف درهم»(٥)، فعند أبي حنيفة الشرط الأول جائز والثاني فاسد، فإن خاطه اليوم فله درهم، وإن خاطه غداً فله أجر المثل لا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد على درهم. وقال صاحباه: الشرطان جائزان. وقال زفر: الشرطان فاسدان(٦).

---

(١) انظر: المبسوط (٥/ ٩٠)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٧٩)، المحيط البرهاني (٣/ ٩١)، الجوهرة النيرة (٢/ ١٤)، فتح القدير (٣/ ٣٦١).

(٢) انظر: المبسوط (٥/ ٩٠)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٨٠).

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨١، المبسوط (٥/ ٩٠)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٨٥)، شرح قاضي خان (٢/ ٦٩٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٦٧).

(٤) كتبها الناسخ: (الخياط)، والسياق يقتضي ما أثبته.

(٥) الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، باب الإجارة الفاسدة، ص٤٤٣.

(٦) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير، باب الإجارة الفاسدة، ص٤٤٣، شرح الصدر=

لو قال تزوجتك على هذا العبد أو على هذا العبد

رجل قال لامرأة: تزوجتك على هذا العبد، [أو على هذا العبد][1]، وأحدهما أرفع، قال أبو حنيفة: إن كان مهر مثلها مثل الأرفع أو فوقه فلها الأرفع، وإن كان مثل الأوكس أو دونه فلها الأوكس، وإن كان فيما بينهما فلها مهر المثل. وقال صاحباه: لها الأوكس؛ لأن الأصل وجوب المسمى، وإنما يصار إلى مهر المثل إذا تعذر، ولم يتعذر هاهنا؛ لأنه يمكن إيجاب الأوكس؛ لأنه المتيقن، ولهذا إذا طلقها قبل الدخول بها يجب نصف الأوكس، فلو لم يجب كل الأوكس لما تنصف بالطلاق قبل الدخول. ولأبي حنيفة: أن الأصل وجوب مهر المثل؛ لأنه البدل العدل، وإنما يصار إلى المسمى إذا صحت التسمية، ولم تصح؛ لجهالة المسمى جهالة فاحشة، فوجب مهر المثل، وإنما يجب نصف الأوكس بطريق المتعة؛ لأنه يزيد على المتعة عادة، فلا يكون في تحكيمها فائدة[2]. وذكر في التجريد: إذا اختلف الزوجان فقال الزوج: تزوجتك على هذا العبد، وقالت المرأة: بل على هذه الجارية، فهو كالاختلاف في الألف والألفين إلا في حكمين، أحدهما: إذا كان مهر مثلها مثل الجارية فلها الجارية، ولا تتملك الجارية إلا برضا الزوج، بخلاف ما إذا كان مهر مثلها ألفين، فلها أن تأخذ الألفين بغير رضا الزوج؛ لأن الألفين من جنس مهر المثل، [ومن ظفر بجنس حقه، فله أن يأخذه بغير رضا غريمه، بخلاف الجارية فإنها ليست من جنس مهر المثل،][3] ومن ظفر بخلاف جنس حقه، فليس له أن يأخذه إلا برضا غريمه. والثاني إذا طلقها

= الشهيد ص٢٨٥، شرح قاضي خان (٢/ ٦٩٨).

(١) سقط، وأثبته من: شرح الصدر الشهيد ص ٢٨٥، شرح قاضي خان (٢/ ٦٩٨)، البناية (٥/ ١٦٧).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٢، شرح قاضي خان (٢/ ٦٩٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٦٧).

(٣) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

قبل الدخول، فلها المتعة دون نصف الجارية، بخلاف مسألة الألف والألفين، فإن ثَـمَّ يجب نصف الألف؛ لأن متعة المثل لا تزيد على نصف الألف عادة، بخلاف الجارية فإن متعة المثل قد تزيد على نصف الجارية، فكان في تحكيم متعة المثل فائدة(١). وعلى قياس هذا ينبغي أن لا تتملك الأرفع إلا برضا الزوج، فلو طلق قبل الدخول بها لا يجب نصف الأوكس، بل تُحَكَّم متعة المثل(٢).

لو تزوجت كفئًا بأقل من مهر المثل

امرأة تزوجت كفئًا بأقل من مهر مثلها، فلأوليائها أن يُبلِغوها مهر مثلها عند أبي حنيفة، وقال صاحباه: ليس لهم ذلك؛ لأنها تصرفت في خالص حقها وهو المهر، فلا يثبت لغيرها الاعتراض عليها، كما إذا وهبت كل المهر بعد الوجوب. لنا: أنها ألحقت الضرر بالأولياء؛ لأنهم يتعيرون بذلك، فتثبت لهم ولاية الاعتراض دفعًا لضرر العار، بخلاف ما إذا وهبت؛ لأن العار لا يلحقهم بالإسقاط بعد الوجوب، وإنما يلحقهم / [١١٣/ أ] بالتزويج بالدون. قيل: هذا لا يصح على قولهما؛ لأن عندهما إذا زوجت نفسها من كفء بمهر المثل لا يجوز(٣)، فلا يتصور ثبوت الاعتراض وعدم ثبوته لأجل نقصان المهر. وتأويله على قولهما: إما أن يحمل على أن الولي أذن لها في التزويج، فتزوجت كفئًا بأقل من مهر المثل، أو أن الولي والمرأة أكرها على التزويج بأقل من مهر المثل، ثم زال الإكراه، فرضيت المرأة دون الولي، [فللولي](٤) أن يعترض عند أبي حنيفة خلافًا لهما(٥).

---

(١) انظر: التجريد ص٥٨٦.

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٣٠٧)، البحر الرائق (٣/ ١٩٥)، حاشية ابن عابدين (٢/ ١٥٠).

(٣) هذا القول هو إحدى الروايتين عن أبي يوسف، والأصح عنده جواز ذلك. انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٣٢٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٦٩٩).

(٤) سقط، وأثبته من: بدائع الصنائع (٢/ ٣٢٢).

(٥) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٢، شرح الصدر الشهيد ص٢٨٦، شرح العتابي ص٢٨٥، بدائع الصنائع (٢/ ٣٢٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٦٩٩)، تبيين الحقائق=

لو تزوج امرأة ولم يسم لها مهراً، ثم جعل لها عبداً مهراً

رجل تزوج امرأة ولم يسم لها مهراً، ثم جعل لها [هذا](١) العبد مهراً، جاز، فإن طلقها قبل الدخول بها تجب المتعة، ولا يتنصف العبد عند أبي حنيفة ومحمد رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، وهو قول أبي يوسف أخيراً، وكان يقول أولاً يتنصف؛ لأنه فَرَض العبد، فيتنصف المفروض بالطلاق قبل الدخول؛ لقوله تعالى: ﴿فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ﴾(٢). ولنا: أن هذا ليس بفرض؛ لأن مهر المثل وجب بالعقد، وإنما هذا تعيين مهر المثل فيلتحق به، ومهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول، فكذا ما هو في حكمه(٣).

دخل بزوجته قبل أن يوفيها مهرها

رجل تزوج امرأة، فدخل بها قبل أن يُوَفِّي مهرها، فلها أن تمنع نفسها، وتمنعه عن المسافرة بها في قول أبي حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ حتى تستوفي مهرها. وقال صاحباه: ليس لها ذلك؛ لأن الزوج تسلم المعقود عليه برضاها، فسقط حقها في الحبس، كالمشتري إذا تسلم المبيع برضا البائع يسقط حقه في حبس المبيع، كذا هذا. ولنا: أنه لم يتسلم كل المعقود عليه؛ لأن المعقود عليه الوطء في جميع العمر، فلها منعه لما يقابله من المهر(٤). وكان أبو القاسم الصفار(٥) يفتي بقولهما في

= (٢/ ١٣٠)، البناية شرح الهداية (٥/ ١١٨).

(١) سقط، وأثبته من: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٢.

(٢) سورة البقرة الآية رقم: ٢٣٧.

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٢، شرح قاضي خان (٢/ ٧٠٠)، المحيط البرهاني (٣/ ٨٤)، تبيين الحقائق (٢/ ١٤١)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٤٥).

(٤) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٣، بدائع الصنائع (٢/ ٢٨٩)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٠٠)، تبيين الحقائق (٢/ ١٥٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٨٩).

(٥) هو الإمام أحمد بن عِصْمَة، أبو القاسم الصفار البلخي، الملقب حَم بفتح الحاء، قال في الألقاب: حَم لقب أحمد بن عصمة الصفار البلخي، كان فقيهاً محدثاً، تفقه على نصير بن يحيى، وعلى أبي جعفر الهندواني وسمع منه الحديث، روى عنه أبو علي الحسين بن الحسن الوزعجي، وتفقه عليه أحمد بن الحسين المروزي، من مصنفاته: أصول التوحيد، والملتقط=

منع النفس، وبقول أبي حنيفة في المنع عن المسافرة، وإنه حسن[(١)]. وأجمعوا أن المرأة إذا كانت صغيرة، أو مجنونة، لا يسقط حقها في الحبس؛ لأن رضاها غير معتبر[(٢)].

وهبت مهرها لزوجها، ثم طلقها قبل الدخول

امرأة وهبت صداقها لزوجها، ثم طلقها قبل الدخول، إن كان المهر ديناً كألف درهم مثلاً، فوهبت بعدما قبضت رجع عليها بخمسمائة؛ لأنه ما وصل إليه عين حقه؛ لأن المقبوض مثل المهر لا عينه؛ لأن المهر في الذمة دين، والمقبوض عين، ولهذا إذا لم تهب، فطلقها قبل الدخول بها، لا يلزمها رد عين ما قبضت بل مثله[(٣)].

ولو وهبت قبل القبض لا يرجع عليها بشيء عند علمائنا الثلاثة، وعند زفر يرجع؛ لأنه لم تسلم له عين حقه؛ لأن حقه في البراءة من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول، وهاهنا حصلت البراءة بالإبراء، والحاصل بالإبراء غير الحاصل بالطلاق. ولنا: أنه سُلِّم له عين حقه؛ لأن حقه في البراءة من نصف المهر بالطلاق، والطلاق بمعنى الفسخ؛ لأن المعقود عليه يعود إليها كما خرج عن / [١١٣/ ب] ملكها، والفسخ يلتحق بأصل العقد فيرفعه، فيظهر أن البراءة حصلت من حين العقد، ولهذا إذا كان المهر نصاباً واحداً من السائمة بأعيانها، ثم طلقها بعدما تم الحول على السائمة لا زكاة عليها؛ لأن بالطلاق انفسخ العقد، وظهر أن [النصاب][(٤)] كان مشتركاً بينهما من وقت العقد، فلم

= في الفتاوى. توفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة ٣٣٦هـ، وقيل: ٣٢٦هـ. انظر: الجواهر المضية (١/ ٧٨)، الفوائد البهية ص٢٦، هدية العارفين (١/ ٦١).

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٩٠)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٠١)، المحيط البرهاني (٣/ ١٠٠)، تبيين الحقائق (٢/ ١٥٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٨٩).

(٢) انظر: تبيين الحقائق (٢/ ١٥٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٨٩).

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٣، المبسوط (٦/ ٦٤)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٩٥)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٠٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٦١).

(٤) كتبها الناسخ: (النصاف)، وهو تصحيف واضح.

يتم الحول على نصاب، أكثر ما في الباب أن السبب قد اختلف، لكن المقصود وهي البراءة متحدة، والعبرة لاتحاد المقصود لا لاختلاف السبب[١]، ولهذا إذا استعجل ديناً مؤجلاً لا يملك مطالبته به وقت حلوله، كذا هذا[٢].

وإن قبضت النصف، ثم وهبت المقبوض وغيره، رجع عليها بنصف المقبوض دون غيره اعتباراً للبعض بالكل[٣].

وإن كان المهر عيناً كالثوب، فوهبته قبل القبض أو بعده، لا يرجع عليها بشيء؛ لأن عين حقه وصل إليه؛ لأن العَرَض يتعين في العقد والقبض، فيصير الواصل عين حقه، ولهذا ليس لها أن تمسكه وترد بدله، بخلاف الدَّيْن[٤].

والمراد بالمرأة هاهنا الحرة البالغة العاقلة، حتى إنها لو كانت صغيرة أو مجنونة لا تصح هبتها؛ [لأنها][٥] لا تملك التبرع، وكذلك إذا كانت أمة؛ لأن

---

(١) هذه قاعدة فقهية وردت في كتب الحنفية بألفاظ متقاربة، من ذلك قولهم: إذا كان ما هو المقصود واجباً فلا عبرة باختلاف السبب، لا يبالى باختلاف السبب عند حصول المقصود، لا يعتبر اختلاف السبب عند اتحاد المقصود، لا يبالى باختلاف الأسباب عند سلامة المقصود. انظر: المبسوط (٦/ ٦٥)، الهداية (١/ ٢٠٢)، البحر الرائق (٣/ ١٦٩)، حاشية الشلبي (٢/ ١٤٨)، ترتيب اللآلي في سلك الأمالي (٢/ ٩٨٣).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٣، المبسوط (٦/ ٦٤)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٩٥)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٠٢)، تبيين الحقائق (٢/ ١٤٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٦١).

(٣) وهذا قول أبي يوسف ومحمد، وعند أبي حنيفة لا يرجع عليها بشيء. انظر: المبسوط (٦/ ٦٥)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٠٣)، تبيين الحقائق (٢/ ١٤٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٦٢).

(٤) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٣، شرح العتابي ص٢٨٨، شرح قاضي خان (٢/ ٧٠٤)، تبيين الحقائق (٢/ ١٤٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٦٣)، حاشية ابن عابدين (٣/ ١٢٣).

(٥) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

مهرها يجب للسيد، فتصير متصرفة في حق الغير، وكذلك إذا كانت مكاتبة؛ لأن المهر وإن وجب لها إلا أنها ممنوعة من التبرع، فلا يصح تبرعها.

لو تزوجها على أن يخدمها سنة

رجل تزوج امرأة على خدمته إياها سنة، إن كان حراً فلها مهر المثل عند أبي حنيفة، وقيمة خدمته سنة عند محمد، ولم يذكر قول أبي يوسف وفيه تردد[١]، وخدمته سنة عند الشافعي[٢]. وإن كان عبداً فلها خدمته سنة[٣]. للشافعي: أن منفعة الحر مال متقوم، فتصح تسميتها مهراً، فيجب المسمى، كما إذا تزوجها على خدمة حر آخر برضاه سنة، أو تزوجها على أن يرعى غنمها سنة، أو يزرع أرضها سنة، جاز ويجب المسمى، فكذا في هذا[٤]. ولمحمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن التسمية قد صحت؛ لأن المسمى مال متقوم، لكن عجز عن تسليمه، فتجب قيمته، كما إذا تزوجها على عبد في ملكه، فهلك، أو استحق قبل التسليم، آية أنه عجز: لأن الشرع حرم عليه خدمته زوجته؛ لكونه حراً قواماً عليها[٥].

ولأبي حنيفة: أن خدمتها لا تصلح مستحقة مهراً؛ لأنه يؤدي إلى المناقضة؛ لأن الشرع حرم عليه خدمتها، وحرم عليها استخدامه؛ لكونه حراً قواماً عليها،

---

(١) ذكر بعض فقهاء الحنفية: أن قول أبي يوسف مثل قول أبي حنيفة، وبعضهم قال: بل مثل قول محمد، والأصح أن قول أبي يوسف مثل قول أبي حنيفة، كما ذكر ذلك العتابي. انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٣، شرح العتابي ص١٩٠، شرح قاضي خان (٢/ ٧٠٥).

(٢) مذهب الشافعية أن كل عمل يستأجر عليه كتعليم قرآن، وخياطة، وخدمة، وبناء، يجوز جعله صداقاً. انظر: نهاية المطلب (١٣/ ١٠)، الوسيط في المذهب (٤/ ١٦٥)، مغني المحتاج (٤/ ٣٩٤).

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٣، شرح العتابي ص٢٨٩، بدائع الصنائع (٢/ ٢٧٨)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٠٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٥٨).

(٤) انظر: نهاية المطلب (١٣/ ١٠)، الوسيط في المذهب (٤/ ١٦٥)، مغني المحتاج (٤/ ٣٩٤).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٧٨)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٠٦).

فلو استحقت الخدمة، لصارت محرمة وواجبة في حال واحد، فصار الشرع قابلاً حَرَّمتُ عليك خدمتها وأَوْجَبْتُ، وفيه تكليف ما ليس في الوسع؛ لأنه يصير في حالة واحدة مكلفاً بالإقدام والإحجام، وإنه لا يجوز شرعاً وعقلاً، بخلاف خدمة حر آخر، فإنه ليس بقَوَّام عليها، فلا تحرم خدمته عليها، فلا تؤدي إلى المناقضة، / [١١٤/أ] وبخلاف رعي الغنم وزراعة الأرض، فإنهما ليسا من الخدمة في شيء، وإنما هما من القيام بأمورها، وإنه غير محرم، وبخلاف العبد، فإنه غير حر، فلا يؤدي إلى المناقضة؛ لأن العبد مسلوب الكرامة، ولهذا يباع كالمتاع في الأسواق، ويجوز أن يُسْلَب هذه الكرامة[(١)].

رجل تزوج امرأة ثم ماتا

رجل تزوج امرأة، ثم ماتا، إن كان سمى لها مهراً، إن علم أنها ماتت أولاً سقط نصيب الزوج من مهرها؛ لأنه ورث ذلك القدر من تركتها والباقي للورثة، وإن علم أنه مات أولاً، أو ماتا معاً، أو لا يدري أيهما مات أولاً، فلورثتها جميع المهر.

وإن لم يسم لها مهراً، فلا شيء للورثة من المهر عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه لهم مهر المثل؛ لأن مهر المثل وجب بالعقد، فلا يسقط بالموت، لأن الموت مؤكد لا يصلح أن يكون مسقطاً. ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: عجز القاضي عن القضاء بمهر المثل، فيسقط ضرورة؛ لأنهما إذا ماتا، فالظاهر موت من يقدر مهر مثلها بمهرها[(٢)].

لو ارسل إلى منكوحته شيئاً ثم اختلفا فيه

رجل بعث إلى منكوحته شيئاً، ثم اختلفا أن المبعوث هدية أو من الصداق؟ فالقول قول الزوج؛ لأنه الـمُمَلِّك لما ذكرنا، إلا في الطعام الذي يؤكل، فإن القول فيه قولها؛ لأن الزوج صار مكذباً عرفاً.

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٣، بدائع الصنائع (٢/ ٢٧٨)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٠٦)، تبيين الحقائق (٢/ ١٤٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٥٨).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٤، شرح قاضي خان (٢/ ٦٩٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٩٧)، فتح القدير مع العناية (٣/ ٣٧٨).

وأراد **بالطعام** الذي يؤكل الذي يشرع إليه الفساد، كالخُضَر واللحم، دون الدقيق والحنطة والشعير والعسل[١].

ذمي تزوج ذمية على ميتة، أو على غير مهر - وذلك جائز في دينهم -، ثم دخل بها، أو مات عنها، أو طلقها قبل الدخول بها، فلا مهر لها عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه لها مهر المثل في الدخول والموت، والمتعة في الطلاق قبل الدخول، بناء على أن حكم الإسلام غير ثابت في حقهم عند أبي حنيفة، خلافـاً لصاحبيه، هما يقولان: حكم الإسلام ثابت في حقهم؛ لثبوت ولايتنا عليهم. وأبو حنيفة يقول: العمل بما يدينون واجب في حقهم فيما يجوز أن يرد الشرع به[٢].

ذمي تزوج ذمية على غير مهر

ولو تزوج حربي حربية على غير مهر، فلا مهر في قولهم؛ لأن حكم الإسلام غير ثابت في حقهم في قولهم[٣]. وقوله: «على غير مهر»، فظاهره يقتضي التسوية بين النفي والسكوت، والكلام على التفصيل: إن نفيا المهر، فعلى الاختلاف المذكور، وإن سكتا إن كان في دينهم لا يجب المهر إلا بالتسمية، فعلى الاختلاف المذكور، وإن كان في دينهم أنه يجب إلا إذا نفيا يجب بالإجماع؛ لأنهما ما نفيا[٤].

ذمي تزوج ذمية على خمر أو خنزير

ذمي تزوج ذمية على خمر أو خنزير، جاز؛ لأن الخمر عندهم كالخل عندنا، والخنزير عندهم كالشاة عندنا، فإن أسلما، أو أسلم أحدهما بعد القبض، فليس

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٥، بدائع الصنائع (٢/ ٣٠٨)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٠٦)، تبيين الحقائق (٢/ ١٥٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٩٨).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٥، شرح العتابي ص٢٩٠، شرح قاضي خان (٢/ ٧٠٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٠١).

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٧٠٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٠٣).

لها إلا ما قبضت؛ لأن الملك واليد ثبتا، فطرآن الإسلام بعد ذلك لا يضر. وإن كان الإسلام قبل القبض، إن كان عيناً فلها عين الخمر والخنزير / [١١٤/ ب] عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه لا يجب عين الخمر والخنزير بعد الإسلام؛ لأن للقبض شبهاً بالعقد؛ لأن العقد يثبت الملك، والقبض يؤكده، فمنع المسلم منه كالعقد. ولنا: أن بالنكاح ثبت ملك الذات واليد، فإن المرأة تملك التصرف في المهر قبل القبض، فلم تبق إلا صورة اليد، والمسلم غير ممنوع عن إثباتها، ألا ترى أن المسلم إذا كانت له خمر فغصبت له أن يستردها(١).

وإن كان ديناً، فلها مهر المثل في الخنزير، والقيمة في الخمر عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف لها مهر المثل فيهما؛ لأن الخمر والخنزير في الذمة، وقبضهما يكون بقبض بدلهما، والمسلم ممنوع عن ذلك، وعند محمد لها القيمة فيهما؛ لأن التسمية صحت حال وجودهما، لكنها عجزت عن القبض بالإسلام فتجب القيمة، كما إذا تزوجها بعبد في ملكه فهلك قبل التسليم. لأبي حنيفة: الأمر كما قال محمد في الخمر لا في الخنزير؛ لأن الخمر مثلية، [فالقيمة لا تحكي عينها، بخلاف الخنزير فإنه غير مثلي، [فالقيمة](٢) تحكي عينه، فيصير [قبض](٣) قيمته](٤) كقبض عينه، وإنه ممنوع عن ذلك، ولهذا يعشر العاشر الخمور دون الخنازير(٥).

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٦، شرح العتابي ص٢٩١، شرح قاضي خان (٢/ ٧٠٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٠٤).

(٢) سقط، وأثبته من: شرح العتابي ص٢٩٢، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٠٦).

(٣) كتبها الناسخ: (غير)، وهو خطأ، وما أثبته هو الصواب، وأثبته من: شرح العتابي ص٢٩٢.

(٤) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٥) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٦، المبسوط (٥/ ٤٢)، شرح العتابي ص٢٩١، بدائع الصنائع (٢/ ٣١٣)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٠٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٠٤).

لو تزوج امرأة وخلا بها وأحدهما محرم بنسك

رجل تزوج امرأة، وخلا بها، وأحدهما مُحْرِم، ثم طلقها قبل الدخول بها، فلها نصف المهر؛ لأن الخلوة لم تصح؛ لما ذكرنا أن صحتها أن لا يكون ثَمَّ مانع لا حقيقة ولا شرعاً، وقد وجد المانع الشرعي هاهنا؛ لأن الإحرام بالحجة الفريضة، أو النافلة، يقع لازماً، فيحرم إبطاله، [وفي الجماع إبطاله، وصوم رمضان يمنع صحة الخلوة؛ لأنه محرم إبطاله، وصوم التطوع لا يمنع؛ لأنه لا يحرم إبطاله][(١)].

وقيل: يمنع؛ لأن إبطاله لا يجوز إلا بعذر، ولا عذر، والأول هو الأصح؛ لأنه نص في المنتقى أن للصائم المتطوع أن يفطر بغير عذر[(٢)(٣)]. ومرضها إن كان بحال يضرها الجماع يمنع، وإن كان لا يضر لا يمنع. ومرض الرجل على هذا التفصيل، وقيل: مرضه يمنع مطلقاً؛ لأنه لا يخلو عن ضرر يلحقه؛ لأن الجماع يعقبه فتور وانكسار[(٤)].

لو خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها

والمجبوب[(٥)] إذا خلا بامرأته، ثم طلقها، فلها المهر كاملًا عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه لها النصف؛ لأن المجبوب أعجز من المريض، ثم [المرض][(٦)] يمنع صحة الخلوة فالـجَّب أولى، لأبي حنيفة: الـجَّب لا يمنع تسليم المبدل؛ لأن المعقود عليه هو الاستمتاع بالإمساس في حق المجبوب، وإنه يمكن تسليمه[(٧)].

---

(١) أضافها الناسخ إلى الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٥/ ١٥٠).

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٦، شرح قاضي خان (٢/ ٧١٠)، تبيين الحقائق (٢/ ١٤٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٤٨)، فتح القدير (٣/ ٣٣٢).

(٤) انظر: تبيين الحقائق (٢/ ١٤٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٥٠).

(٥) المجبوب: المقطوع الذَّكَر، والـجَبّ: القطع. انظر: طلبة الطلبة ص٤٧.

(٦) كتبها الناسخ: (المريض)، والسياق يقتضي ما أثبته.

(٧) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٦، شرح قاضي خان (٢/ ٧١٢)، تبيين الحقائق (٢/ ١٤٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٥١).

وإن خلا بامرأته الرَّتْقاء(١)، ثم طلقها، فعلى رواية كتاب الطلاق الرَّتَق يمنع صحة الخلوة، فإنه نص في كتاب الطلاق في باب الرجعة: إذا خلا بالرتقاء، ثم طلق يجب نصف المهر(٢).

وقال بعض المتأخرين: الرَّتَق لا يمنع صحة الخلوة عند أبي حنيفة كالـجَب، والمذكور في باب الرجعة قولهما(٣).

والعِدَّة تجب في الفصول كلها استحساناً، ولا تجب قياساً؛ لأنه طلاق قبل الدخول، فلا تجب العِدَّة بالنص. ولنا: أن الدخول محتمل، فألحق بالمتيقن احتياطاً لإثبات العدة(٤). / [١١٥/أ]

❊ ❊ ❊

---

(١) الرَّتْقاء:من الرَّتَق بفتح التاء، وهو انسداد الرَّحِم بعظم ونحوه، والمرأة الرتقاء التي لا يصل إليها زوجها. انظر: طلبة الطلبة ص٤٦.

(٢) انظر: الأصل (٤/ ٣٩٩)، المبسوط (٦/ ٢٦)، شرح قاضي خان (٢/ ٧١٣).

(٣) الأصح من الأقوال بأن الرَّتَق يمنع صحة الخلوة عند أبي حنيفة وصاحبيه. انظر: شرح العتابي ص٢٩٣، شرح قاضي خان (٢/ ٧١٣).

(٤) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٧، شرح العتابي ص٢٩٣، شرح قاضي خان (٢/ ٧١٣)، تبيين الحقائق (٢/ ١٤٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٥٢).

باب نكاح العبد والأمة[١]

تصرف المرء في حق نفسه وفي حق غيره

الأصل فيه: أن تصرف المرء في حق نفسه يجوز؛ لصدوره عن ولاية، وفي حق غيره بغير إذنه لا يجوز؛ لصدوره لا عن ولاية، لكن إن صدر عن الأهل مضافاً إلى المحل ينعقد موقوفاً على الإجازة؛ لوجود شرط الانعقاد[٢]. والولاية تثبت بالملك، أو إذن المالك، ولم يوجد كلاهما[٣].

والإجازة اللاحقة كالإذن السابق[٤]، واللفظة المحتملة للإجازة وغيرها لا تكون إجازة، وغير المحتملة تكون[٥].

الإذن المطلق بالنكاح

والإذن بالنكاح المطلق يتناول النكاح الفاسد والجائز عند أبي حنيفة، كالأمر بالبيع المطلق. وعند صاحبيه لا يتناول إلا الجائز؛ لأن المقصد من النكاح الإعفاف، وإنه لا يحصل إلا بالجائز، ولهذا إذا حلف لا يتزوج لا يحنث بالفاسد. ولنا: أن الصيغة مطلقة، فيجب إجراؤها على إطلاقها، كالتوكيل بالبيع المطلق، وبإطلاقها يتناول الفاسد، ومسألة اليمين ممنوعة عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، والمذكور في الكتاب قولهما، ولئن سلمنا فالعذر عنه ظاهر، وهو أن مبنى الأيمان على العرف[٦]،..............................

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٧.

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٣٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٢٣).

(٣) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٣١١).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٣٧)، تبيين الحقائق (٢/ ١٣٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ١٢٦).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٣٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢١١).

(٦) هذه قاعدة فقهية وردت عند الحنفية باستفاضة، ومن الألفاظ التي وردت بها غير ما ذكره الشارح هنا: الأيمان مبنية على العرف لا على الحقائق اللغوية، الأيمان مبنية على الألفاظ والعرف لا على الأغراض. انظر: المبسوط (٣٠/ ٢٣٥)، بدائع الصنائع (٣/ ٣٨)، تبيين الحقائق (٣/ ١٢٧)، البناية شرح الهداية (٦/ ٢٤٠)، فتح القدير (٥/ ١٢٢)، الأشباه والنظائر=

فتقيدت به، بخلاف النكاح[١].

ما يلزم العبد من مهر أو نفقة يباع فيه

وما لزم العبد من مهر، أو نفقة، بإذن المولى يباع فيه؛ لأن وجوبهما ظهر في حق المولى؛ لوجود الإذن منه، فتعلق برقبته، بخلاف الـمُدَبَّر والـمُكاتَب، فإنهما يسعيان في ذلك؛ لأنه لا يجوز بيعهما[٢].

مهر الأمة لسيدها

وكل مهر وجب بنكاح الأمة والدخول بها فلمولاها؛ لأنه بدل منافع مملوكة له[٣].

والفرقة متى جاءت من قبل من له المهر قبل الدخول سقط كالردة، وبعد الدخول لا يسقط؛ لأنه استوفى المبدل[٤]. وخيار العتق يثبت لدفع زيادة الملك[٥].

عبد تزوج بغير إذن سيده

فإذا عرف هذا نقول: قال: عبد تزوج امرأة بغير إذن مولاه لم يجز؛ لأنه تصرف في ملك المولى [بغير إذنه][٦]، ويتوقف على إجازته؛ لأن ركن النكاح صدر من الأهل مضافاً إلى المحل[٧]، فإن قال له المولى: طلقها، أو فارقها، لا تكون إجازة؛ لأن اللفظ يحتمل غيرها، وهو الرد، فإن الطلاق في النكاح الفاسد رد. وإن قال: طلقها طلاقاً تملك الرجعة، كان إجازة؛ لأن اللفظ لا يحتمل

= لابن نجيم ص٨٣، ترتيب اللآلي في سلك الأمالي (١/ ٤١٣).

(١) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٣٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢١٢).

(٢) انظر: المحيط البرهاني (٣/ ١٢٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢١٠)، فتح القدير (٣/ ٣٩٢).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٣٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٢٥).

(٤) انظر: البناية شرح الهداية (٥/ ٢١٧)، البحر الرائق (٣/ ٢١٣).

(٥) انظر: المبسوط (٥/ ١١١)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٢٥).

(٦) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٧) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٧، بدائع الصنائع (٢/ ٢٣٣)، شرح قاضي خان (٢/ ٧١٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٠٧).

غيرها؛ لأن الطلاق الـمُعَقِّب للرجعة[١] لا يكون إلا في النكاح الجائز[٢].

لو تزوج أمة فمن يملك الإذن بالعزل ؟

رجل تزوج أمة، فالإذن في العزل[٣] إلى المولى عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه إليها؛ لأن العزل تصرف في حقها، وهو قضاء شهوتها. ولنا: أن قضاء شهوتها يحصل بالإيلاج بدون الإنزال، والعزل تصرف في الماء، وإنه حق السيد؛ لأنه سبب حصول الولد، والولد حقه؛ / [١١٥/ ب] لأن ولد الرقيقة رقيق، وسبب حق المرء حقه، فيعتبر إذنه في ذلك، وهذه المسألة تدل على أن العزل جائز بالإذن خلافاً للبعض، لكن في الحرة يعتبر إذنها، وفي حق الأمة إذن السيد عند أبي حنيفة[٤].

لو قالت الأمة انقضت عدتي

فإن قالت: انقضت عدتي، وكذبها المولى والزوج، فالقول قولها؛ لأن خبرها صدر عن ولاية شرعية وعلم بالمخبر به؛ لأن الشرع جعلها أمينة في الإخبار عما في رحمها، وخبرهما صدر لا عن ولاية. فإن قال الزوج بعدما قالت انقضت عدتي: كنت راجعتك في العدة، فكذبته الأمة وصدقه المولى، فالقول قولها عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه القول قول المولى؛ لأن الرجعة [بمعنى][٥] إنشاء

---

(١) الرَّجْعة: بكسر الراء وفتحها وسكون الجيم، وفتح الراء أفصح، وهي في اللغة: الإعادة. وشرعاً: عبارة عن رد الزوج الزوجة وإعادتها إلى النكاح كما كانت بلا تجديد عقد، في العدة لا بعدها، إذ هي استدامة الملك ولا ملك بعد انقضائها. انظر: أنيس الفقهاء ص٥٦، كشاف اصطلاحات الفنون (١/ ٨٤٥).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٧، شرح العتابي ص٢٩٣، بدائع الصنائع (٢/ ٢٣٤)، شرح قاضي خان (٢/ ٧١٤)، تبيين الحقائق (٢/ ١٦٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢١١).

(٣) العزل: هو صرف الرجل ماءه عن منكوحته في الوطء مخافة الولد. انظر: طلبة الطلبة ص٤٧.

(٤) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٨، شرح العتابي ص٢٩٣، بدائع الصنائع (٢/ ٣٣٤)، شرح قاضي خان (٢/ ٧١٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢١٩).

(٥) كتبها الناسخ: (بمنى)، وهو خطأ واضح.

النكاح؛ لأن العدة انقضت، والقول في النكاح قوله؛ لأنه هو المالك دونها، ولهذا امتنع أبو حنيفة عن القضاء بالنكول في هذه الصورة، كما امتنع في النكاح قوله، فكذا في الرجعة. له: أن صحة الرجعة تعتمد بقاء العدة، والقول في العدة قولها، فكذا فيما ينبني عليها[1].

لو أذن لعبده بالنكاح، فتزوج زواجاً فاسداً

رجل قال لعبده: تزوج هذه الأمة، فتزوجها نكاحاً فاسداً، يباع العبد في مهرها عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه يتبع به بعد العتق، بناء على أن عنده الإذن بالنكاح المطلق يتناول الفاسد، وظهر وجوب المهر في حقه، فتعلق برقبة عبده، ولم يتناول عند صاحبيه، فلم يظهر وجوبه في حقه، وعلى هذا إذا تزوجها مرة أخرى نكاحاً جائزاً لم يجز عند أبي حنيفة؛ لأن الإذن تناهى بالفاسد، وجاز عندهما؛ لأن الإذن باق.

وعلى هذا الخلاف إذا أمره بتزوج امرأة منكرة، فتزوج امرأة نكاحاً فاسداً، ثم تزوجها نكاحاً جائزاً، أو امرأة أخرى، لم يجز الثاني عند أبي حنيفة؛ لأن الأمر انتهى بالأول، وجاز عند صاحبيه؛ لأن الأمر باق؛ لأنه لم ينته بالأول[2].

لو تزوج أمة بإذن سيدها، ثم قتلها سيدها

رجل تزوج أمة بإذن سيدها، فقتلها السيد قبل الدخول بها، سقط المهر عند أبي حنيفة وزفر؛ لأن الفرقة جاءت من قبل من له المهر، وعند أبي يوسف [و][3] محمد لا يسقط. ولو كانت حرة، فقتلت نفسها، لا يسقط المهر عند علمائنا الثلاثة خلافاً لزفر، فزفر سوى بينهما؛ لأن المعنى يجمعهما، وهو حصول

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٨، شرح العتابي ص٢٩٤، شرح قاضي خان (٢/ ٧١٥)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٥٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٦٠).
(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٨، شرح العتابي ص٢٩٤، شرح قاضي خان (٢/ ٧١٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢١٢).
(٣) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

الفرقة من قبل من له [المهر][(١)]، فأشبه الردة. وهما سويا بينهما، وقالا: القتل موت، وبالموت يتأكد المهر، كما إذا ماتت حتف أنفها. وأبو حنيفة فرق بينهما، وقال: القتل في حق القاتل ليس بموت، وإنما هو قطع بقاء، وإن كان المقتول ميتاً بأَجَله [لكن][(٢)] تعلق به أحكام القتل من القود، وحرمان الإرث، ووجوب الكفارة، / [١١٦/ أ] والإثم، والمولى قاتل بدليل أنه تعلق بفعله أحكام القتل، وهو حرمان الإرث والإثم، وإنما لم يجب القود لعدم الفائدة؛ لأنه لو وجب لوجب له عليه، فإذا وجد القتل، فقد جاءت الفرقة من قبله والمهر له، فيسقط، بخلاف الحرة، فإن الموجود منها ليس بقتل لا حقيقة ولا حكماً، أما حقيقة: فلأن الفعل إنما يتصف بالقتل؛ لظهور أثره في المحل، وهو زهوق الروح، وحال ظهور الأثر لم تبق هي أهلاً للقتل، فامتنع إضافة القتل إليها، وأما حكماً: فلأنه لم يتعلق شيء من أحكام القتل بفعلها، ولهذا تغسل ويصلى عليها عند أبي حنيفة ومحمد، فلو كانت قاتلة نفسها لكانت باغية ساعية في الأرض بالفساد، ولو كانت باغية لما غُسِّلت ولا صُلِّي عليها كسائر البغاة[(٣)].

أمة تزوجت بغير إذن مولاها

أمة تزوجت بغير إذن مولاها بألف درهم، ومهر مثلها مائة، فأعتقها المولى بعد الدخول بها جاز؛ لأن النكاح صدر عن الأهل مضافاً إلى المحل، وإنما لم يجز لحق السيد، وبالاعتاق زال حقه فجاز، والمهر للسيد؛ لأنه بدل منافع استوفيت على ملكه، ولا خيار لها؛ لأن الخيار إنما يثبت لدفع زيادة الملك،

---

(١) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٢) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٩، شرح العتابي ص٢٩٥، بدائع الصنائع (٢/ ٢٩٤)، شرح قاضي خان (٢/ ٧١٧)، تبيين الحقائق (٢/ ١٦٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢١٧).

والملك قد زاد قبل ثبوت الخيار؛ لأنها كما عتقت جاز النكاح وازداد الملك، فلا يتصور ثبوت الخيار بعده لدفع الزيادة، فلو ثبت إنما يثبت لدفعها. وإن لم يدخل بها، فالمهر لها؛ لأنه بدل منافع تستوفى في المستقبل على ملكها[١].

مكاتبة تزوجت بإذن مولاها

مكاتبة تزوجت بإذن المولى، ثم أعتقها، فلها الخيار عندنا، وعند زفر لا خيار لها؛ لأنها باشرت العقد بنفسها.

ولنا: أن النبي صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خيَّر بريرة[٢]، وكانت مكاتبة[٣]، ولما بينا أن الخيار يثبت لدفع زيادة الملك، والملك كما يزداد على الأمة إذا أعتقت، فكذا على المكاتبة، فيثبت لها الخيار[٤].

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٩، شرح العتابي ص٢٩٦، شرح قاضي خان (٢/ ٧١٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٢٥).

(٢) بريرة مولاة عائشة بنت أبي بكر الصديق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، كانت مولاة أناس من الأنصار، فكاتبوها، ثم باعوها من عائشة، فأعتقتها. كان اسم زوجها مغيثاً، وكان مولى، فخيرها رسول الله صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فاختارت فراقه، وكان يحبها، فكان يمشي في طرق المدينة وهو يبكي، واستشفع إليها برسول الله صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال لها فيه، فقالت: أتأمر؟ قال: بل أشفع. قالت: فلا أريده. عاشت رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا إلى خلافة يزيد بن معاوية. انظر: أسد الغابة (٦/ ٣٩)، سير أعلام النبلاء (٣/ ٥٢٦)، الإصابة في تمييز الصحابة (٨/ ٥٠).

(٣) أخرجه البخاري عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، كتاب الطلاق، باب شفاعة النبي صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في زوج بريرة، (٧/ ٤٨)، ولفظه: أن زوج بريرة كان عبداً يقال له مغيث، كأني أنظر إليه يطوف خلفها يبكي ودموعه تسيل على لحيته، فقال النبي صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للعباس: "يا عباس، ألا تعجب من حب مغيث بريرة، ومن بغض بريرة مغيثاً"، فقال النبي صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "لو راجعته"، قالت: يا رسول الله تأمرني؟ قال: "إنما أنا أشفع"، قالت: لا حاجة لي فيه. وروي أيضاً من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أنها قالت: "كان في بريرة ثلاث سنن: إحدى السنن أنها أعتقت فخيرت في زوجها.... الحديث". أخرجه البخاري، كتاب الطلاق، باب لا يكون بيع الأمة طلاقاً، (٧/ ٤٧)، ومسلم، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، (٢/ ١١٤٤).

(٤) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٠، شرح العتابي ص٢٩٦، شرح قاضي خان (٢/ ٧٢٠)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٢٣).

نفقة وسكنى الأمة إذا تزوجت بإذن سيدها

رجل تزوج أمة بإذن مولاها، فلها النفقة والسكنى إن بَوَّأَها[1] المولى بيت الزوج، وإلا فلا؛ لأنهما جزاء احتباسها لحق الزوج، والاحتباس لا يحصل إلا بالتبوئة[2].

لو زوج عبده المأذون المديون

رجل زوج عبده المأذون المديون امرأة، فللمرأة أسوة الغرماء بالمهر، يريد به إذا زوجها بمهر مثلها؛ لأن المهر وجب بأمر لا مرد له، فأشبه دين الاستهلاك[3].

والمريض إذا تزوج امرأة في مرض موته بمهر مثلها، فإنها تصير أسوة الغرماء، كذا هذا[4].

رجل وطئ جارية ابنه

رجل وطِئ جارية ابنه، فولدت، فادعاه، ثبت نسبه منه، وصارت الجارية أم ولد له، ويملكها بالقيمة، والولد حر، ولا عُقر عليه عند علمائنا[5]، وعند الشافعي عليه العُقر؛ لأن وطأه صادف ملك ابنه، ولم يجب الحد؛ لمكان الشبهة، فيجب العُقر؛ لأن الوطء لا يخلو في دار الدنيا / [١١٦/ ب] عن عقوبة أو غرامة[6]. ولنا: أنه وطِئ ملك نفسه ولا يلزمه العقر، آية أنه كذلك: لأن الأب يملك مال

---

(١) بَوَّأَها بيتاً: أي أنزلها منزلًا مع الزوج وألزمها ذلك. انظر: طلبة الطلبة ص٤٩.

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٠، شرح قاضي خان (٢/ ٧٢٠)، تبيين الحقائق (٢/ ١٦٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢١٥).

(٣) دين الاستهلاك: هو دين ترتب بالذمة بسبب استهلاك شيء آخر. انظر: حاشية ابن عابدين (٦/ ١٦٤).

(٤) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٨٩، شرح العتابي ص٢٩٦، شرح قاضي خان (٢/ ٧٢٠)، تبيين الحقائق (٢/ ١٦٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢١٤).

(٥) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٠، شرح العتابي ص٢٩٧، شرح قاضي خان (٢/ ٧٢١)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٢٦).

(٦) انظر: الحاوي الكبير (٩/ ١٧٥)، نهاية المطلب (١٢/ ١٩٤)، روضة الطالبين (٧/ ٢٠٧)، أسنى المطالب (٣/ ١٨٦).

ابنه عند الحاجة، والحاجة هاهنا حاقة؛ لصيانة نفسه عن الزنا، والحاجة إنما تندفع بثبوت الملك له فيها سابقاً على الوطء، فيثبت سابقاً عليه بالقيمة دفعاً لحاجته، فظهر أنه وطِئ ملك نفسه، والولد حر؛ لأنه علق حراً[(١)].

ولو تزوج جارية ابنه، فولدت منه، لا تصير أم ولد له، ويجب عليه المهر؛ لأنه وطِئها بملك النكاح لا بملك اليمين، وعليه المهر دون القيمة، والولد حر، يريد به أنه يعتق على أخيه بالقرابة؛ لأنه علق رقيقاً؛ لأن ولد الرقيقة رقيق لمالكها، فمَلَك أخاه، فيعتق عليه؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه»[(٢)(٣)].

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٠، شرح العتابي ص٢٩٧، شرح قاضي خان (٢/ ٧٢١)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٢٦).

(٢) هذا الحديث روي عن سمرة بن جندب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بلفظ: أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: "من ملك ذا رحم محرم فهو حر". أخرجه أحمد في مسنده (٣٣/ ٣٣٨)، وابن ماجه في سننه، كتاب العتق، باب من ملك ذا رحم محرم فهو حر، (٢/ ٨٤٣)، وأبو داود في سننه، كتاب العتق، باب فيمن ملك ذا رحم محرم، وقال: ولم يحدث ذلك الحديث إلا حماد بن سلمة وقد شك فيه، (٤/ ٢٦)، والترمذي في سننه، أبواب الأحكام، باب ما جاء فيمن ملك ذا رحم محرم، وقال: هذا حديث لا نعرفه مسنداً إلا من حديث حماد بن سلمة، (٣/ ٦٣٨)، والنسائي في الكبرى، كتاب العتق، ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر سمرة، (٥/ ١٣). وأخرجه أحمد أيضاً عن سمرة بلفظ: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: "من ملك ذا رحم فهو عتيق"، (٣٣/ ٣٦٥). كما أخرجه النسائي في الكبرى عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "من ملك ذا رحم محرم عتق"، كتاب العتق، من ملك ذا رحم، وقال: لا نعلم أن أحداً روى هذا الحديث عن سفيان غير ضمرة، وهو حديث منكر، (٥/ ١٣). قال علي بن المديني في حديث سمرة: هو حديث منكر. وقال البخاري: لا يصح. وصححه الألباني. انظر: نصب الراية (٣/ ٢٧٨)، التلخيص الحبير (٤/ ٣٩٠)، إرواء الغليل (٦/ ١٦٩).

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٠، شرح العتابي ص٢٩٧، شرح قاضي خان (٢/ ٧٢٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٢٨).

حرة تحت عبد، قالت لمولاه: أعتقه عني

حرة تحت [عبد][1] قالت لمولاه: أعتق عبدك عني على ألف درهم، ففعل، عتق العبد عن المرأة، وولاؤه لها، وفسد نكاحها بملكها زوجها عند علمائنا الثلاثة، وعند زفر يقع العتق عن المأمور، والولاء له، ولا يفسد النكاح؛ لأنها طلبت إعتاق ملك الغير عن نفسها، فلغا ذلك. ولنا: أن تصحيح تصرف العاقل واجب ما أمكن، وقد أمكن بإثبات الملك مقتضاه[2] سابقاً عليه؛ لأنها لما طلبت إعتاق عبده عنها بألف، ولا صحة لهذا الطلب إلا بعد سابقة الملك، فصارت طالبة للتمليك بالألف ثم الإعتاق، فصار المأمور مُمَلِّكاً بألف ثم مُعتِقاً، ولو كان كذلك بأن قالت: اشتريت عبدك منك بألف درهم، فبعه مني، وأعتقه عني، فقال: بعت وأعتقت صح، فكذا هذا.

ولو قالت: أعتقه عني بغير شيء، أو قالت: أعتقه عني، ولم تزد على ذلك، فأعتقه، لا يقع العتق عنها، ولا يفسد نكاحها[3]. وعند [أبي يوسف][4] يقع، ويفسد [النكاح][5]، ويثبت الولاء لها؛ لأنه أمكن تصحيح تصرفهما بإثبات الملك بالهبة سابقاً عليه فيصح. قلنا: لا يملك ذلك؛ لأن الهبة لا تفيد الملك قبل القبض، والقبض فعل حقيقي لا يمكن إثباته مقتضى صحة التصرف، والله أعلم[6].

---

(١) كتبها الناسخ: (عبداً)، وهو خطأ، والصواب ما أثبته؛ لأن الكلمة هنا في محل إضافة.

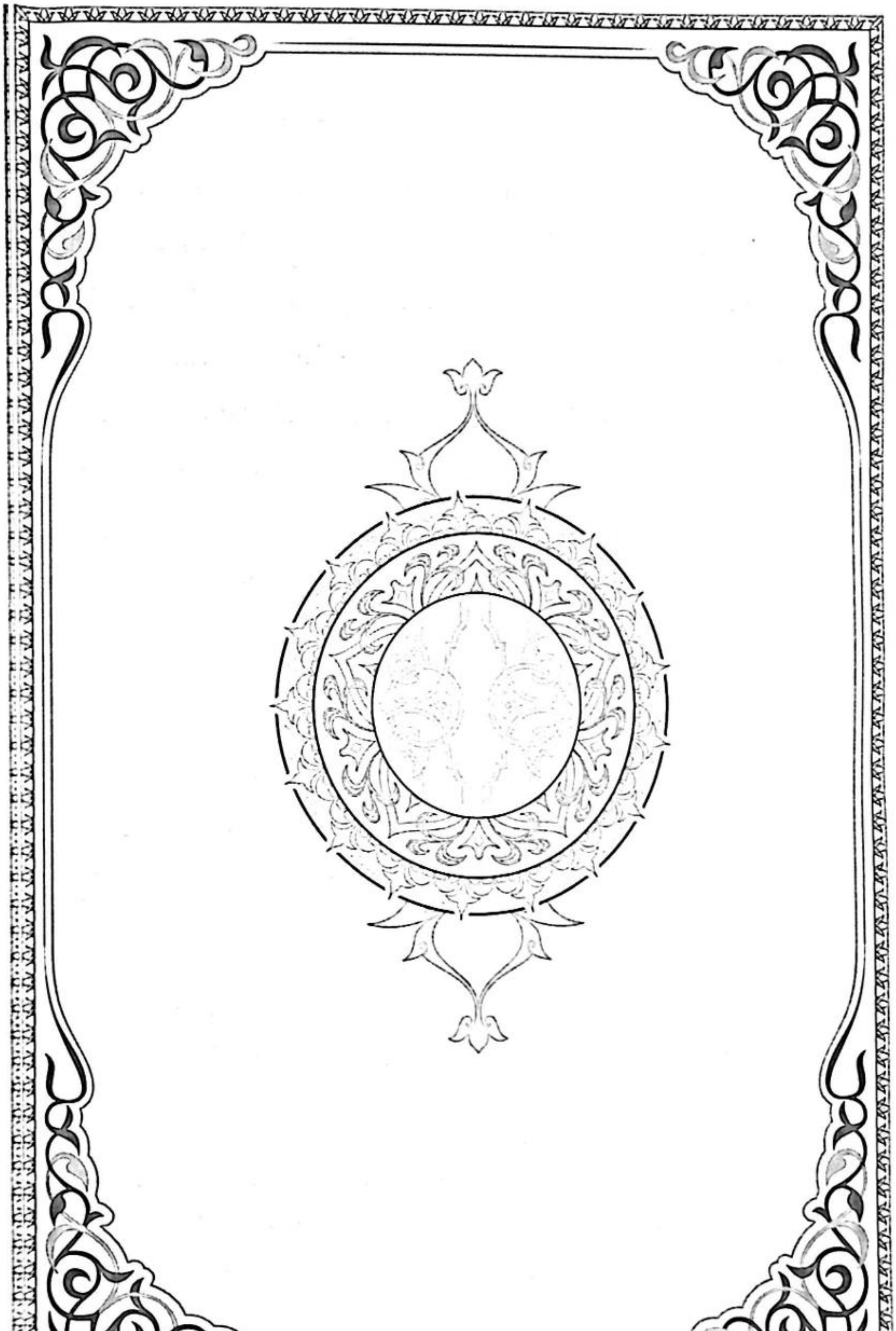
(٢) المراد بالاقتضاء هنا: هو جعل غير المنطوق منطوقاً بصحة المنطوق، وبالاقتضاء قال أبو حنيفة وصاحبيه خلافاً لزفر. انظر: البناية شرح الهداية (٥/ ٢٣٠).

(٣) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد. انظر: شرح العتابي ص٢٩٨، شرح قاضي خان (٢/ ٧٢٣)، تبيين الحقائق (٢/ ١٧١)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٣١).

(٤) كتبها الناسخ: (صاحبيه)، وهو خطأ، وما أثبته من: شرح العتابي ص٢٩٨، شرح قاضي خان (٢/ ٧٢٣)، تبيين الحقائق (٢/ ١٧١)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٣١).

(٥) سقط، وأثبته من: تبيين الحقائق (٢/ ١٧١).

(٦) انظر: الجامع الصغير وشرح النافع الكبير ص١٩٠، شرح العتابي ص٢٩٧، شرح قاضي خان (٢/ ٧٢٢)، تبيين الحقائق (٢/ ١٧٠)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٣٠).



كتاب الطلاق

كتاب الطلاق[1][2]

طلاق السنة وطلاق البدعة

الطلاق يتنوع إلى طلاق سنة وإلى طلاق بدعة[3]، فطلاق السنة يتنوع إلى طلاق سنة في الإيقاع، وهو أن يطلقها ثلاثـًا في ثلاثة أطهار[4]. وقال مالك: طلاق السنة أن يطلقها واحدة في طهر لم يجامعها فيه، ويتركها حتى تنقضي العدة؛ لأن الأصل في الطلاق الحرمة؛ لأنه قاطع للسنة، والإباحة بعارض الحاجة، وهي الحاجة إلى الخلاص عن مواجب النكاح، وإنها تندفع بالواحدة[5]. ولنا: قوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لعبد الله بن عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا: «إنما السنة أن تستقبل الطهر استقبالاً، وتطلقها في كل طهر تطليقة»[6]، وما قاله رأي ونظر في مقابلة الخبر، فلا يكون / [١١٧/ أ] حجة، ولئن سلمنا أن الإباحة بعارض الحاجة لكن لِمَ قال: أنه لا حاجة إلى الثلاث، وبيانه: وهو أنه قد يحتاج إلى حسم باب النكاح بأن يرى المصلحة في الفراق، ويخاف أن تحمله الشهوة على المراجعة، فتمس الحاجة

---

(١) الطلاق لغة: عبارة عن رفع القيد، بمعنى الإرسال. وشرعـًا: رفع قيد النكاح من أهله في محله. وقيل: عبارة عن حكم شرعي يرفع القيد للنكاح بألفاظ مخصوصة. انظر: طلبة الطلبة ص٥١، المصباح المنير (٢/ ٣٧٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٨٠).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩١.

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٨٨).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٨٨)، تبيين الحقائق (٢/ ١٨٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٨٣).

(٥) انظر: التلقين في الفقه المالكي (١/ ١٢٤)، المقدمات الممهدات (١/ ٤٩٩)، مواهب الجليل (٤/ ٣٨)، الشرح الكبير للدردير (٢/ ٣٦١).

(٦) أخرجه بنحوه: الطبراني في الكبير (١٣/ ٢٥١)، والدارقطني في سننه، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره، (٥/ ٥٦)، والبيهقي في الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب الاختيار للزوج ألا يطلق إلا واحدة، (٧/ ٥٤٠). قال الذهبي: إسناده قوي. وقال الهيثمي: فيه علي بن سعيد الرازي، وقال الدارقطني ليس بذلك، وعظَّمه غيره، وبقية رجاله ثقات. وقال الألباني: إسناده ضعيف. انظر: تنقيح التحقيق للذهبي (٢/ ٢٠٥)، مجمع الزوائد (٤/ ٣٣٦)، إرواء الغليل (٧/ ١٢٠).

إلى حسم باب النكاح حتى لا يجد إليها سبيلاً شرعاً فيمتنع، وإنها لا تندفع إلا بالثلاث، ويسمى هذا طلاق سنة في العدد[١].

وإلى طلاق سنة في الوقوع، وهو أن يرسل الثلاث جملة فيقعن؛ لأنه عرف وقوعها بالسنة، فسمي سنة الوقوع لهذا، وإنه طلاق بدعة عندنا[٢]، خلافاً للشافعي على ما يأتي[٣].

وإلى طلاق سنة في الوقت، وهو أن يطلقها واحدة في طهر لم يجامعها فيه، ويسمى هذا أحسن الطلاق، فإنه روي عن إبراهيم[٤] أنه قال: «أحسن الطلاق أن يطلقها واحدة في طهر لم يجامعها فيه»[٥]. وهذا يدل على أن تفريق الثلاث في ثلاثة أطهار حسن، وإنه سنة[٦].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٨٩)، تبيين الحقائق (٢/ ١٨٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٨٣).

(٢) انظر: المبسوط (٦/ ٤)، تبيين الحقائق (٢/ ١٩٠).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ١١٨)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٠/ ٨٠)، مغني المحتاج (٤/ ٥٠٢).

(٤) هو التابعي الجليل، مفتي الكوفة، أبو عمران، إبراهيم بن يزيد بن قيس النَّخَعي الكوفي، وهو ابن مليكة أخت الأسود بن يزيد. دخل على أم المؤمنين عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا وهو صبي، روى عن جماعة من كبار التابعين منهم: مسروق، وأبي زرعة، وهمام بن الحارث، والقاضي شريح، وغيرهم. كان بصيراً بعلم ابن مسعود. روى عنه خلق كثير منهم: الحكم بن عتيبة، وحماد بن أبي سليمان، والمغيرة، وسليمان الأعمش، وعطاء بن السائب. قال أحمد العجلي: لم يحدث عن أحد من أصحاب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وقد أدرك منهم جماعة، ورأى عائشة. توفي رَحِمَهُ اللَّهُ سنة ٩٦هـ وعمره ٤٩ سنة. انظر: حلية الأولياء (٤/ ٢١٩)، وفيات الأعيان (١/ ٢٥)، سير أعلام النبلاء (٤/ ٥٢٠).

(٥) هذا الأثر روي عن إبراهيم النَّخَعي، ولفظه: أنه قال: "كانوا يستحبون أن يطلقها واحدة، ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض". أخرجه عبد الرزاق في مصنفه بنحوه، كتاب الطلاق، باب وجه الطلاق وهو طلاق العدة ولسنة، (٦/ ٣٠٢)، وابن أبي شيبة في مصنفه بلفظه، كتاب الطلاق، ما يستحب من طلاق السنة وكيف هو ؟، (٤/ ٥٧). قال ابن حجر: إسناده صحيح. انظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ٦٩).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٨٨)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٢١)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٨٢).

وطلاق **البدعة** يتنوع إلى: طلاق بدعة في العدد، وإلى طلاق بدعة في الوقت[١]، فطلاق البدعة في العدد إرسال الثلاث جملة واحدة وإنه حرام عندنا[٢]، وعند الشافعي مباح[٣]؛ لأن الثلاث مملوكة له، ولهذا يملك تفريقها، فيملك جمعها، والملك هو [مطلق التصرف][٤]. ولنا: أن تصرف الإنسان في ملكه إنما يكون حلالاً إذا كان مصلحةً من كل وجه، وإرسال الثلاث جملة مصلحة لذاتها مفسدة لغيرها، فمن حيث أنها مصلحة لذاتها يقعن، ومن حيث أنها حرام لغيرها حرام إيقاعهن جملة، كالطلاق حالة الحيض.

آية أنه كذلك: ما أشرنا إليه أن الأصل في الطلاق الحظر، والإباحة بعارض الحاجة، والحاجة إلى الخلاص عن النكاح تندفع بالواحدة، وإنما شرع تفريق الثلاث في ثلاثة أطهار صيانة له عن الزنا؛ لأن المرء قد يظن أنه يصبر عنها فيطلقها، ثم يندم فيحتاج إلى مراجعتها، فلو لم يجد إليها سبيلاً تَتَبَّعَها بطريق محظور، فيقع في الفاحشة، فالشرع ملكه الثلاث في ثلاثة أطهار حتى يجرب نفسه بعد الطلقة الواحدة، كما جرب نفسه قبلها، فإن لم يمكنه الصبر عنها راجعها، وإن أمكنه طلقها ثانية، ثم يجرب نفسه حال قرب الفراق الكلي بالثلاث، فإن أمكنه الصبر طلقها ثالثة وإلا راجعها، وإذا أرسل الثلاث دفعة واحدة، فقد فوت هذه المصلحة، وتفويت المصلحة مفسدة، وإنه حرام[٥].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٩٣).

(٢) انظر: المبسوط (٦/ ٤)، تبيين الحقائق (٢/ ١٩٠).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ١١٨)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٠/ ٨٠)، مغني المحتاج (٤/ ٥٠٢).

(٤) كتبها الناسخ: (المطلق المتصرف)، والسياق يقتضي ما أثبته.

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٩٤)، تبيين الحقائق (٢/ ١٩٠)، الجوهرة النيرة (٢/ ٣١)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٨٤).

وطلاق بدعة الوقت: أن يطلقها حالة الحيض، أو في طهر جامعها فيه؛ لأنه طلاق بغير حاجة؛ لأن الحاجة باطنة، فأقيم دليلها مقامها، وهو الإقدام على الطلاق / [١١٧/ب] في حال كمال الرغبة، وهو الطهر الخالي عن الجماع، وإنه لم يوجد[١].

لو قال لامرأته: أنت طالق ثلاثًا للسنة

فتح هذا الكتاب بطلاق السنة فقال: «رجل قال لامرأته المدخول بها: أنت طالق ثلاثاً للسنة، [ولا نية له][٢]»[٣]، إن كانت من ذوات الأقراء[٤] طلقت في كل طهر طلقة حتى تتم الثلاث؛ لأن هذا إيقاع الثلاث في وقت السنة؛ لأن اللام للوقت، ووقت السنة ثلاثة أطهار.

فإن نوى وقوع الثلاث في الحال، وقعن عليها عند علمائنا الثلاثة، خلافاً لزفر؛ لأنه نوى ما لا يحتمله لفظه؛ لأنه نوى بالسنة ضدها، وهي البدعة، فلغت نيته. ولنا: نوى ما يحتمله لفظه؛ لأنه نوى بالسنة أحد نوعيها، وهو سنة الوقوع، فإن وقوع الثلاث جملة عرف بالسنة.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٩٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٨٧).

(٢) سقط، وأثبته من: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩١، شرح قاضي خان (٢/ ٧٢٤).

(٣) الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩١.

(٤) الأقراء: وتجمع أيضاً القُرُوء على وزن الفُعُول، وهي جمع قُرْء، وهو في اللغة: اسم للطهر والحيض جميعاً، وقد ورد في الشرع في مواضع لهذا ولهذا، أما للطهر فقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لعبد الله بن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا: "إن من السنة أن تطلقها لكل قرء تطليقة" أي لكل طهر. وأما الحيض ففي قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لتلك المستحاضة: "دعي الصلاة أيام أقرائك"، وهي جمع قُرْء أيضاً، والمراد منها الحيض. وإنما صلح هذا الاسم لهما جميعاً؛ لأن القرء في الأصل هو الوقت والقارئ. انظر: طلبة الطلبة ص٥٢.

وإن نوى أن يقع في رأس كل شهر طلقة تصح نيته؛ لأنه إن صادف طهراً لم يجامعها فيه كان الطلاق سنياً في الإيقاع، وإن لم يصادف كان سنياً في الوقوع، وقد ذكرنا أنه إذا نوى سنة الوقوع تصح نيته، فهذا أولى[١].

لو قال لامرأته: أنت طالق للسنة

وإن قال لها: أنت طالق للسنة، إن كان في طهر لم يجامعها فيه وقعت واحدة في الحال، وإن كان في حيض، أو طهر جامعها فيه، لم تقع حتى يأتي وقت السنة، وهو الطهر الخالي عن الجماع؛ لأنه أضاف إلى وقت السنة[٢].

لو قال لامرأته: أنت طالق ثنتين للسنة

وإن قال: أنت طالق ثنتين للسنة، يقع على الشرط الذي ذكرنا[٣]. وإن نوى بقوله: أنت طالق للسنة ثلاثاً، صحت نيته؛ لأن اللام للوقت، فصار تقديره أنت طالق لوقت السنة، ووقت السنة يتعدد، فيتعدد الطلاق ضرورة.

وإن نوى وقوع الثلاث في الحال تلغو نيته؛ لأن التعدد في الطلاق هاهنا ثبت ضرورة تعدد الوقت، فإذا نوى الجمع بطل التعدد في الوقت، فيبطل التعدد في الطلاق ضرورة[٤].

لو كانت امرأته ممن لا تحيض

وإن كانت ممن لا تحيض؛ لصغر، أو كبر، تطلق في الحال واحدة، وبعد شهر أخرى، وبعد شهر آخر أخرى؛ لأن الشرع أقام الأشهر في حق الآيسة والصغيرة مقام الأقراء في حق ذوات الأقراء[٥]. وإن قال لها أنت طالق للأشهر، فكذلك لما بينا[٦].

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩١، المبسوط (٦/ ١٠١)، بدائع الصنائع (٣/ ٩١)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٢٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٩٥).

(٢) انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ١٧٤)، البحر الرائق (٣/ ٢٦١).

(٣) انظر: المرجع السابق.

(٤) انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ١٧٤)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٢٥)، تبيين الحقائق (٢/ ١٩٤)، البناية (٥/ ٢٩٦).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٩٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٢٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٩٦).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٩٣)، البحر الرائق (٣/ ٢٦١).

لو قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق

رجل قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، فتزوج امرأة طلقت عندنا، خلافاً للشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ[١]، وإن تزوجها مرة أخرى لم تطلق؛ لأن كلًا تعم الأسماء دون الأفعال[٢].

ولو قال: كلما تزوجت امرأة فهي طالق، فتزوج امرأة طلقت عندنا، خلافاً له[٣]، فإن تزوجها مرة أخرى طلقت ثانية، وإن تزوجها ثالثة طلقت ثالثة؛ لأن كلمة كلما تعم الأفعال، فإن تزوجها بعد مُحَلِّل طلقت؛ لما بينا أن كلما تعم الأفعال[٤].

فإن علق الطلاق بشرط متكرر غير ملك النكاح، وغير سببه، نحو إن قال لامرأته: كلما دخلت الدار فأنت طالق، أو كلما خرجت، تكرر الطلاق بتكرر الفعل / [١١٨/أ] حتى يستوفي الملك الذي حلف عليه، فإن عادت إليه بعد زوج آخر لم تطلق عند علمائنا، وعند زفر تطلق بناء على أن الجزاء عندنا كلام، [فإذا][٥] صار طلاقاً يصير طلاقاً مبطلًا للحل القائم للحال، وعنده للحل المطلق، وقد فات الجزاء بزوال الحل القائم للحال على وجه لا يتصور عوده،

---

(١) انظر: الأم (٧/ ١٦٨)، الحاوي الكبير (١٠/ ٢٥)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٠/ ٦٦)، فتح الوهاب (٢/ ٨٩).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ١٣٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٢٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤١٠).

(٣) انظر: الأم (٧/ ١٦٨)، الحاوي الكبير (١٠/ ٢٥)، البيان في مذهب الإمام (١٠/ ٦٦)، فتح الوهاب (٢/ ٨٩).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ١٣٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٢٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤١٩).

(٥) كتبها الناسخ: (إذا)، والسياق يقتضي ما أثبته.

فتبطل اليمين، كما إذا فات الشرط على وجه لا يتصور عوده، وبيانه: وهو أنه إذا ثبت الحل بالتزوج بعد مُحِل فذلك حل غير هذا الحل[١].

لو قال: إذا تزوجت فلانة فهي طالق

ولو قال: إذا تزوجت فلانة فهي طالق، فتزوجها طلقت عندنا، وعند الشافعي لا تطلق، بناء على أن تعليق الطلاق بسبب الملك، أو بالملك يصح عندنا، وعنده لا يصح، - وهذه الصور الثلاث المذكورة من صور هذا الخلاف - له: أنه سبب الطلاق [الملك][٢]، فلا يصح في غير الملك، كما إذا قال لأجنبية: إن دخلت الدار فأنت طالق، آية أنه كذلك: وهو أن قوله أنت طالق علة لوقوع الطلاق إلا أن الشرط منع ثبوت الحكم، أو أخره؛ لأن أثر الشرط في ذلك[٣]. ولنا: أن الخلاف في صحة هذا التصرف وعدم صحته بناء على أن ملك المرأة هل هو شرط لصحته أم لا ؟ فعندنا ليس بشرط، وعنده شرط.

فنعرض الكلام فيه ونقول: لو شرط إنما يشترط لتثبت له ولاية التصرف في المرأة، والتعليق ليس بتصرف في المرأة؛ لأن التصرف في المحل ما يظهر حكمه فيه، وحكم هذا التصرف في محل الإجماع، وهو قوله لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق، لا يظهر فيها، وهو الطلاق في الحال، ولا عند وجود الشرط مستنداً إلى الحال، فلو كان تصرفاً فيها باعتبار أنه تطليق، أو سبب طلاق، لظهر حكمه في الحال، كما في قوله: أنت طالق، أو مستنداً إلى الحال، كما في البيع بشرط الخيار، فلا يشترط لصحته الملك، وإنما هو تصرف في نفسه بالمنع عن

---

(١) انظر: المبسوط (٦/ ٩٦)، بدائع الصنائع (٣/ ١٣٢)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٣٥)، الجوهرة النيرة (٢/ ٤٠).

(٢) سقط، وأثبته من: بدائع الصنائع (٢/ ١٣٢).

(٣) انظر: الحاوي (١٠/ ٢٥)، نهاية المطلب (١٣/ ٣٢٢)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٠/ ٦٦).

التزوج، وله ولاية على نفسه، فيصح تصرفه، فإذا وجد الشرط الآن يصير تطليقاً حكماً، فيشترط له الملك في الحال ليعمل فيه، وإنه ثابت. فإن قيل: الصحيح ما يفيد حكمه شرعاً، وهذا التصرف ما [أفاد][1] الحكم شرعاً، وبيانه: وهو أنه لا يخلو إما أن يكون حكمه وجود الامتناع عن التزوج، أو وجوبه، فلا وجه إلى الأول؛ لأنه أمر حسي، فلا يصلح حكماً للشرع؛ لأن حكم التصرف ما يثبت عقيبه بإثبات الشارع ولم يوجد، ولا وجه إلى الثاني؛ لأن الامتناع لا يجب عليه؛ لأن له أن يتزوج، فإذا كان لا يخلو عن الوجهين، وكلا الوجهين ممتنع، [امتنع][2] ثبوت الحكم، فامتنعت الصحة. قلنا: لا نسلم أن الصحيح ما يفيد حكمه شرعاً، فإن البيع بشرط الخيار صحيح، ولا يفيد حكمه في الحال، وإنما الصحيح ما وجد / [١١٨/ ب] بركنه وشرائطه، ولئن سلمنا أن الصحيح ما يفيد حكمه شرعاً، فلم قلتم أنه ما أفاد ؟. قوله: لا يخلو إما أن يكون وجود الامتناع أو وجوبه. قلنا: وجوب الامتناع، وإنه واجب، فإن في التزوج إضراراً؛ لأن فيه وجوب المهر بلا نفع يصل إليه، والإضرار حرام؛ ولأنه تزوج لا لما شرع له التزوج؛ لأنه كما يثبت يبطل، فلا يتمكن من إقامة المصالح المطلوبة منه، وإنه حرام[3].

فإن جاءت بولد لستة أشهر من وقت التزوج ثبت نسبه منه؛ لأنها جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق، والولد لا يوجد لأقل من ذلك، والملك ثبت بالنكاح، وإنه متعين للوطء، فألحق به، فصار واطئاً تقديراً. فإن قيل: إنما

---

(١) كتبها الناسخ: (أد)، وهو خطأ واضح.

(٢) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٣) انظر: المبسوط (٦/ ٩٦)، بدائع الصنائع (٢/ ١٣٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤١٠)، فتح القدير (٤/ ١١٤)، البحر الرائق (٤/ ٥).

يلحق بالوطء في موضع يتصور الوطء، ولهذا إذا جاءت امرأة الصبي بولد لأقل من ستة أشهر منذ تزوج لا يثبت النسب؛ لأن الماء منه غير متصور. قلنا: الوطء هاهنا متصور في الجملة بأن يجامع امرأة أجنبية، فكما أولج اطلع عليه الرجال، فقال: اشهدوا أني تزوجت هذه بألف درهم، فقبلت المرأة، وسمع القوم، جاز النكاح وهو في الجماع ونزول الماء، وإن كان هذا في غاية الندرة، لكن يكفي لثبوت احتمال الماء(1).

رجل قال لزوجته: إذا تزوجت عليك امرأة فهي طالق

رجل قال لامرأته: إن تزوجت عليك امرأة فهي طالق، فتزوج امرأة في عدتها من طلاق بائن لم تطلق(2)؛ لأن التزوج عليها أن يدخل عليها في نكاحها من يزاحمها في فراشها والقَسْم(3)، ولم يوجد ذلك، فلم يوجد شرط الحنث، [وهو](4) الفراش(5).

❊ ❊ ❊

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٣، شرح قاضي خان (٢/ ٧٢٧)، تبيين الحقائق (٣/ ٣٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٣١)، فتح القدير (٤/ ٣٤٨).

(٢) أي تزوج الثانية في عدة الأولى، وذلك بعد أن يطلق الأولى طلاقاً بائناً. انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٧٢٩).

(٣) القَسْم: القَسْم بالفتح: لغة: إفراز النصيب. وشرعاً: التسوية بين الزوجات في المأكول، والمشروب، والملبوس، والبيتوتة، لا في المحبة والوطء، وقد كان رسول الله ﷺ يقسم بين نسائه فيعدل ويقول: "هذه قسمتي فيما أملك، فلا تؤاخذني فيما تملك ولا أملك" يعني الحب والجماع. انظر: طلبة الطلبة ص ٤٠، الكليات ص٧٢٤، كشاف اصطلاحات الفنون (٢/ ١٣١٥).

(٤) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٥) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٣، شرح قاضي خان (٢/ ٧٢٩)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٤١)، البحر الرائق (٤/ ٣٩)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٣٦٥).

باب إيقاع الطلاق[١]

الأصل في إيقاع الطلاق

الأصل فيه: أن إيقاع الطلاق متى صح يقع الطلاق كما أوقعه؛ لأن حكمه وصحته تعتمد صدور ركنه من أهله، مضافاً إلى محل قابل لحكمه، ممن له ولاية على المحل[٢].

ركن الطلاق الصريح والبائن

وركن صريح الطلاق: كل لفظ استعمل له ولم يستعمل لغيره، نحو قوله: طلقتك، وأنت طالق، أو مطلقة، ولا يحتاج إلى النية؛ لأن اللفظ صريح[٣].

وركن الطلاق البائن يتنوع إلى: تطليق موصوف بالبينونة، نحو قوله: أنت طالق بائن. وإلى غير موصوف به، نحو قوله: أنت بائن، أو بَتَّة[٤]، أو بَتْلَة[٥][٦].

من يصح طلاقه

وأهله: العاقل، البالغ، اليقظان، غير المغمي عليه؛ لأن الموصوف بضد هذه الأوصاف عاجز، والعاجز لا يكون أهلاً للتصرف[٧].

ومحل صريح الطلاق: القيد، وهو ملك النكاح. ومحل الإبانة: وصلة النكاح. ومحل التحريم: الحل[٨].

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٩٩)، المحيط البرهاني (٣/ ٢٠٥).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٠١)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٠٦)، فتح القدير (٤/ ٣).

(٤) بَتَّة: من البَت، وهو القطع. انظر: طلبة الطلبة ص٥٦.

(٥) البَتْلة: بفتح الباء وسكون التاء، من بَتَل الشيء يَبْتُله بتلًا: إذا قطعه، ولذلك سميت مريم عَلَيْهَا السَّلَامُ بالبتول؛ لانقطاعها عن الرجال وتفرغها للعبادة. انظر: المصباح المنير (١/ ٣٥)، معجم لغة الفقهاء ص١٠٣.

(٦) انظر: الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٣٣)، تبيين الحقائق (٢/ ٢١١)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٤٥، ٣٦٣).

(٧) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٩٩)، تبيين الحقائق (٢/ ١٩٤)، فتح القدير (٣/ ٤٨٧).

(٨) انظر: تبيين الحقائق (٢/ ٢١٦)، فتح القدير (٤/ ٤٠).

والولاية هي الملك، أو تثبت بملك النكاح، أو إذن المالك، حتى إن البالغ العاقل اليقظان / [١١٩/ أ] غير المغمي عليه إذا طلق زوجته تطلق؛ [لصدور](١) ركن الطلاق من أهله، مضافاً إلى محل قابل لحكمه، وله ولاية على المحل(٢). ولو طلق الصبي، أو المجنون، أو النائم، أو المغمي عليه، زوجته لا تطلق؛ لعدم الأهلية(٣). ولو طلق البالغ العاقل زوجة غيره، توقف على إجازته؛ لأن الركن وإن صدر عن الأهل مضافاً إلى المحل، لكن لم يصدر عن ولاية(٤). وإن طلق امرأة لا زوج لها، أو أمته، لا تطلق؛ لعدم المحلية(٥). وإن مطلق الكلام ينصرف إلى حقيقته؛ لأنها أحق بالوضع، وإنما ينصرف إلى مجازه إذا دل الدليل على إرادته ذلك(٦). وإن المتكلم إذا نوى بكلامه ما لا يحتمله تلغو نيته؛ لأنه تبقى مجرد إرادة، وإنها لا تعمل. وإن نوى ما يحتمله، وهو لا يخالف الظاهر، دِين فيما بينه وبين الله وفي القضاء، وإن كان يخالفه دِين فيما بينه وبين الله، ولا يُدَيَّن في القضاء إلا إذا كان فيه تشديد على نفسه(٧). وإن الطلاق متى شبه بشيء يكون بائناً عند أبي حنيفة أي شيء كان المشبه به، وعند صاحبيه إن شبهه بالعِظَم فكذلك، وإن لم يكن عظيماً في ذاته، وعند زفر إن كان المشبه به عظيماً في ذاته أو شديداً فكذلك وإلا فلا(٨).

---

(١) كتبها الناسخ: (صدور)، والسياق يقتضي ما أثبته.
(٢) انظر: تبيين الحقائق (٢/ ١٩٤).
(٣) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٩٩)، تبيين الحقائق (٢/ ١٩٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٢٩٨).
(٤) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٢٦).
(٥) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٩٩)، تبيين الحقائق (٢/ ١٩٤).
(٦) انظر: المبسوط (٦/ ١٣٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٤٥)، فتح القدير (٤/ ٣).
(٧) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٠١، ١٠٦)، تبيين الحقائق (٢/ ١٩٨)، الجوهرة النيرة (٢/ ٣٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٠٦).
(٨) ذكر فقهاء الحنفية أن قول محمد في هذه المسألة مضطرب، فمنهم من يجعل قوله مع قول أبي=

وإن أطلقه لا يتجزأ، وذِكْر بعض ما لا يتجزأ [كذكر][1] الكل[2]. وكذا المرأة في كونها محل الطلاق لا تتجزأ[3]. وإن الإشارة ببطون الأصابع منشورة تعمل عمل التلفظ بالعدد عرفاً[4]، بدليل قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الشهر هكذا وهكذا،.... الحديث إلى آخره»[5].

رجل قال لامرأته: أنت طالق

فإذا عرف هذا نقول: قال: رجل قال لامرأته: أنت طالق، أي شيء نوى فهي واحدة يملك الرجعة[6]. وقال الشافعي: إن نوى ثنتين، أو ثلاثة، فهو كما نوى؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه فيصح، كما إذا قال أنت بائن، ونوى به الثلاث. آية أنه كذلك: لأن قوله أنت طالق وإن كان إخباراً بحقيقته لكنه جعل إنشاء

= حنيفة كما في المبسوط، ومنهم من يجعل قوله مع قول أبي يوسف كما في الاختيار، ومنهم من يتوقف ويذكر أن قول محمد مضطرب كما في الهداية وشروحها. انظر: المبسوط (٦/ ١٢٥)، الهداية (١/ ٢٣٣)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٣٠)، تبيين الحقائق (٢/ ٢١٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٥١).

(١) كتبها الناسخ: (لذكر)، والسياق يقتضي ما أثبته.

(٢) هذه قاعدة فقهية نص عليها الفقهاء في كتبهم، وهي تندرج تحت القاعدة الكلية: إعمال الكلام أولى من إهماله. انظر: المبسوط (٦/ ٩٠)، البناية (٥/ ٣١٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٣٥، ترتيب اللآلي في سلك الأمالي (٢/ ٧١٥)، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام (١/ ٦٢)، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ص٣١٤.

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٤٣)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٢٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣١١).

(٤) انظر: المبسوط (٦/ ١٢١)، بدائع الصنائع (٣/ ١٠٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٤٢).

(٥) الحديث رواه ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: سمعت النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: "الشهر هكذا، وهكذا، وهكذا، وقبض إبهامه في الثالثة". أخرجه البخاري، كتاب الصوم، باب قول النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "إذا رأيتم الهلال فصوموا"، (٣/ ٢٧)، ومسلم، كتاب الصيام، باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال، (٢/ ٦٧٠).

(٦) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٣، شرح قاضي خان (٢/ ٧٣٠)، تبيين الحقائق (٢/ ١٩٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٠٧).

شرعـًا، والإنشاء متنوع إلى إنشاء واحدة، وإلى إنشاء ثنتين، وإلى إنشاء ثلاثة، لكن عند إطلاقه ينصرف إلى إنشاء الواحدة؛ لأنه المتيقن، وعند نية الثنتين أو الثلاثة [ينصرف](١) إلى ما نوى؛ لأنه محتمل كلامه، كما في قوله أنت بائن على السواء، فإنه يتنوع إلى بينونة غليظة وإلى بينونة خفيفة، فعند الإطلاق تنصرف إلى الأدنى، وعند نية الثلاث تنصرف إلى الغليظة، يدل عليه إذا قال لها: أنت طالق طلاقـًا، أو أنت الطلاق، أو أنت طالق الطلاق، أو طلقي نفسك، ونوى الثلاث يصح، كذا هذا(٢). ولنا: أنه نوى ما لا يحتمله لفظه فتلغو نيته، كما إذا قال: اسقني ونوى به الطلاق. / [١١٩/ ب]

آية أنه كذلك: لأنه لو احتمله لا يخلو إما أن يحتمله من حيث أنه عدد، أو من حيث أنه تعيين لأحد النوعين، ولا وجه إلى الأول؛ لأنه نعت فرد لا يحتمل العدد، ولا وجه إلى الثاني؛ لأنه ينبئ عن معنى لا يتنوع، وهو خلوها عن القيد، بخلاف قوله أنت بائن، فإنه ينبئ عن البينونة، والبينونة متنوعة كما قال، وبخلاف قوله أنت طالق طلاقـًا؛ لأن طلاقـًا مصدر، فإنه بحقيقته يتناول الفرد والجمع، قال تعالى: ﴿لَّا تَدۡعُواْ ٱلۡيَوۡمَ ثُبُورٗا وَٰحِدٗا﴾(٣)؛ لأنه وصف المصدر بالوحدة والكثرة، ولولا أنه يجيء لهما وإلا [لما](٤) أوصفه بهما، وكذلك الطلاق؛ لأنه عرَّفه باللام، وإنه للجنس، والجنس بحقيقته يتناول الفرد والكل، لكن عند الإطلاق ينصرف إلى الفرد؛ لأنه المتيقن، وعند نية الثلاث ينصرف

---

(١) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٢) انظر: الأم (٥/ ١٤٩)، نهاية المطلب (١٤/ ٩١)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٠/ ١٠٩)، تحفة المحتاج (٨/ ٤٧).

(٣) سورة الفرقان الآية رقم: ١٤.

(٤) كتبها الناسخ: (لها)، وهو تصحيف، والسياق يقتضي ما أثبته.

إلى الكل؛ لأن كل الطلاق المملوك للزوج الثلاث، بخلاف قوله: طلقي؛ لأنه طلب تحصيل الطلاق، والطلاق اسم جنس يتناول الفرد والكل، بخلاف قوله: أنت طالقة، فإنه نعت فرد لا يحتمل العدد، ولهذا إذا نوى بقوله: أنت طالق طلاقاً، أو طالق الطلاق، أو أنت الطلاق، أو طلقي نفسك، أو أنت بائن، ثنتين لا تصح نيته عندنا؛ لأن الثنتين عدد، واللفظ لا يحتمله، بخلاف الثلاث؛ لأنه كلٌّ، [واللفظ يحتمل الكل][(١)(٢)].

رجل قال لامرأته: أنت طالق واحدة أو لا

رجل قال لامرأته: أنت طالق واحدة أو لا، فليس بشيء[(٣)]، وذكر في كتاب الطلاق: أنت طالق واحدة أو لا، أو لا شيء، تطلق في قول أبي يوسف الأول، وهو قول محمد، وفي قوله الأخير لا تطلق[(٤)]، فصار المذكور هاهنا قول أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد، فإن كان المذكور هاهنا قول الكل، فعن محمد روايتان: في رواية الجامع الصغير لا تطلق، وفي رواية كتاب الطلاق تطلق[(٥)].

وأجمعوا على أنه لو قال لها: أنت طالق أو لا، [أو][(٦)] أنت طالق أو لا شيء، أو أنت طالق أو غير طالق، لا تطلق، لمحمد: أنه أدخل الشك في الواحدة؛ لأن [حرف][(٧)] الشك دخل عليها، وهو (أو)، فبقي أنت طالق بلا شك فوقع،

(١) أضافها الناسخ في الحاشية وأشار إلى محلها في المتن.
(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٣، بدائع الصنائع (٣/ ١٠٣)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٣٠)، تبيين الحقائق (٢/ ١٩٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٠٩).
(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٤.
(٤) انظر: الأصل (٤/ ٥٠٩).
(٥) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٤، المبسوط (٦/ ١٣٦)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٣١)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٣٣)، فتح القدير (٤/ ٤٠).
(٦) كتبها الناسخ: (و)، والسياق يقتضي ما أثبته.
(٧) كتبها الناسخ: (خوف)، وهو تصحيف، والسياق يقتضي ما أثبته.

بخلاف قوله: أنت طالق أو لا شيء؛ لأن الشك وقع في الإيقاع، فلا يقع. ولنا: أن الشك دخل في إيقاع الواحدة؛ لأن قوله: أنت طالق واحدة إيقاع واحدة، لا لأنه إيقاع وواحدة، ولهذا لا تطلق ثنتين، ولهذا إذا قال لها: أنت طالق واحدة أو ثلاثـاً، فصادفها قوله: أنت طالق وهي حية، وقوله: واحدة أو ثلاثـاً وهي ميتة، لا يقع شيء، فلولا أنه إيقاع واحدة لوقع، فإذا كان إيقاع واحدة وقد دخل الترديد فيه، فلم يكن موقعـاً فلا يقع[١].

لو قال: أنت طالق واحدة قبلها واحدة أو بعدها واحدة

رجل قال لامرأته: أنت طالق واحدة قبلها واحدة أو بعدها واحدة، هاهنا ستة فصول: أنت طالق واحدة قبل واحدة، أنت طالق واحدة قبلها واحدة، / [١٢٠/ أ] [أنت طالق واحدة][٢] بعد واحدة، أنت طالق واحدة بعدها واحدة، أنت طالق واحدة مع واحدة، أنت طالق واحدة معها واحدة، ففي الفصول الستة تقع ثنتان بعد الدخول بها؛ لأن الثانية تصادفها وهي في العدة. وفي غير المدخول بها كذلك في الفصول الأربعة، وهو قوله: أنت طالق واحدة مع واحدة، أو معها واحدة، أو قبلها واحدة، أو بعد واحدة. وفي اثنتين تقع واحدة، وهو قوله: أنت طالق واحدة قبل واحدة، أو بعدها واحدة.

والأصل في ذلك: أن كلمة الظرف متى دخلت بين اسمين موصولة بالهاء[٣] تكون وصفـاً للثاني، وإن لم تكن [موصولة بالهاء][٤] تكون وصفـاً للأول، فإنه

(١) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٧٣٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٣٣)، الفتاوى الهندية (١/ ٣٦٣).

(٢) سقط، وأثبته من: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٤، شرح قاضي خان (٢/ ٧٣٢).

(٣) المراد بالهاء: هاء الكناية. انظر: البناية شرح الهداية (٥/ ٣٥٦).

(٤) سقط يقتضيه سياق الكلام، وأثبته من: شرح قاضي خان (٢/ ٧٣٢).

إذا قال: جاءني زيد قبل عمرو، فالقبلية تكون صفة لزيد، وإن قال: قبله عمرو تكون [القبلية][1] صفة لعمرو[2].

فإذا عرف هذا نقول: إذا قال [لامرأته ولم يدخل بها][3]: أنت طالق واحدة قبل واحدة، [وقعت واحدة][4]؛ لأن القبلية صفة للأولى، والثانية صادفتها وهي مبانة فلا تقع[5].

وإن قال: قبلها واحدة، [تقع ثنتان][6]؛ لأن القبلية صفة للثانية، وقد أراد أن يقدمها على الأولى، وليس في وسعه ذلك، فصار مجازاً عن (مع)؛ لأن حالته دلت على ذلك، واللفظ يحتمله؛ لأن الطلاق الواقع قبل الشيء يستمر وقوعه، فتصير طالقاً معه، فإن الطالق أمس طالق اليوم وغداً[7].

وفي قوله: أنت طالق واحدة بعد واحدة، جعل البعدية صفة للأولى، وإنه يقتضي تأخير الأولى عن الثانية، وليس في وسعه ذلك، فدلت حالته أنه أراد به ما في وسعه وهو القران، فصار بعد مجازاً عن (مع)، بخلاف قوله: بعدها واحدة؛

---

(١) سقط، وأثبته من: شرح قاضي خان (٢/ ٧٣٢).
(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٤، شرح قاضي خان (٢/ ٧٣٢)، البناية (٥/ ٣٥٦)، فتح القدير (٤/ ٥٦).
(٣) سقط، وأثبته من: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٤، شرح قاضي خان (٢/ ٧٣٢).
(٤) سقط، وأثبته من: شرح قاضي خان (٢/ ٧٣٢)، تبيين الحقائق (٢/ ٢١٣).
(٥) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٥، شرح قاضي خان (٢/ ٧٣٢)، تبيين الحقائق (٢/ ٢١٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٥٧).
(٦) سقط، وأثبته من: شرح قاضي خان (٢/ ٧٣٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٥٨).
(٧) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٤، المبسوط (٦/ ١٣٣)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٣٣)، تبيين الحقائق (٢/ ٢١٤)، الجوهرة النيرة (٢/ ٤٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٥٨).

لأن بعد صفة للثانية، فصادفتها الثانية وهي مبانة فلا تقع، و (مع)، و (معها) كلمة قران، فصار كأنه قال: أنت طالق ثنتين؛ لأن القران بحرف القران كالقران بلفظ القران(١).

لو قال: أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين

رجل قال لامرأته: أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين، فهي ثلاث؛ لأن الطلقة لا تتجزأ فتتكامل(٢). ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف طلقة، فهي ثنتان عند البعض؛ لأن الواحدة لا يكون لها أكثر من نصفين، فلغا ذكر الثالث وتكامل النصفان، وعند البعض هي ثلاث(٣).

لو قال: أنت طالق من واحدة إلى ثنتين

رجل قال لامرأته: أنت طالق من واحدة إلى اثنتين، فهي واحدة عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه ثنتان، وعلى هذا إذا قال: ما بين واحدة إلى اثنتين(٤).

ولو قال: أنت طالق من واحدة إلى ثلاث، أو ما بين واحدة إلى ثلاث، فهي ثنتان عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعند صاحبيه ثلاث، وعند زفر واحدة؛ لأن الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية، كما في قوله: بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط، لا يدخل الحائطان في البيع بالإجماع. لهما: متى جعل الطلاق غاية لا بد من وجوده حتى يصير غاية، / [١٢٠/ ب] ووجوده بوقوعه، وبعد وقوعه لا يحتمل الرفع.

---

(١) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٧٣٣)، تبيين الحقائق (٢/ ٢١٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٥٦)، فتح القدير (٤/ ٥٦).
(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٥، بدائع الصنائع (٣/ ٩٩)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٣٣)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٠٠)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣١٦).
(٣) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٧٣٤)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٠١)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣١٦).
(٤) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٥، شرح قاضي خان (٢/ ٧٣٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣١٦).

لأبي حنيفة: أنه جعل الطلاق غاية ذكر أوانه ينفك عن وجوده، لكن إنما دخل الأول؛ لأنه لا ثاني بدونه، ولم يدخل الثالث؛ لأن الثاني يكون بدون الثالث. قيل لأبي يوسف [و][1] محمد: مثل هذا الكلام إذا ذكر في العرف ينصرف إلى الكل، كما إذا قال لآخر: خذ من دراهمي من درهم إلى مائة، فله أن يأخذ المائة. ولأبي حنيفة: أن مثل هذا الكلام إذا ذكر في العرف والعادة يراد به الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر، فإن الرجل يقول: سِنِّي من ستين إلى سبعين، أو ما بين الستين إلى سبعين، يفهم منه أنه أراد أن سِنَّه أكثر من ستين وأقل من سبعين، فكذا فيما نحن فيه يفهم أنه أراد بقوله: من واحدة إلى ثلاث، أكثر من واحدة وأقل من الثلاث، بخلاف قوله: خذ من دراهمي؛ لأنه إباحة، وباب الإباحة أوسع من باب الطلاق[2].

لو قال: أنت طالق واحدة في ثنتين

رجل قال لامرأته: أنت طالق واحدة في ثنتين، إن أراد به الضرب والحساب، أو لم تكن له نية، فهي واحدة.

ولو قال: أنت طالق ثنتين في ثنتين، ونوى به الضرب والحساب، أو لم تكن له نية، فهي ثنتان. وقال زفر: في الفصل الأول هي ثنتان، وفي الثاني هي ثلاث؛ لأن الواحد متى ضرب في اثنين يكون اثنين، ومتى ضرب اثنان في اثنين يكون أربعة، لكن المحل لا يقبل أكثر من الثلاث. لنا: أن ضربه العدد في العدد في

(١) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٥، المبسوط (٦/ ١٣٥)، بدائع الصنائع (٣/ ١٦٠)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٣٥)، المحيط البرهاني (٣/ ٣١٤)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٠١)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣١٦).

الممسوح، وفيما له طول وعرض، كما ذكر [زفر][(١)]، [و][(٢)] فيما لا يمسح يراد به تكبير أجزائه، والطلاق لا يمسح، ولا طول له ولا عرض، فيراد به تكبير أجزائه، والطلاق له جزءان وله ألف جزء سيان[(٣)].

ولو أراد به واحدة وثنتين فهي ثلاث؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه؛ لأن كلمة (في) يتجوز بها عن الواو؛ لمشابهة بينهما، فإن (في) حقيقة للظرف، والظرف يجمع المظروف، والواو للجمع المطلق، وبينهما مشابهة في الجمع، فجاز إطلاق اسم أحدهما على الآخر. وكذا إذا قال: عنيت به مع ثنتين فهي ثلاث؛ لأن (في) يتجوز به عن (مع)، كما في قوله تعالى: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي﴾[(٤)]، أي مع عبادي[(٥)(٦)].

لو قال: أنت طالق أمس

ولو قال: أنت طالق أمس، وقد تزوجها اليوم، فليس بشيء؛ لأنه أمكن تصحيحه إخباراً، فلا يجعل إنشاء، بخلاف ما إذا تزوجها أول من أمس، حيث يجعل إنشاء، ويقع الطلاق في الحال؛ لأنه لا يمكن تصحيحه إخباراً، ولا جعله إنشاء أمس؛ لأن إيقاع الفعل في الزمان الماضي ممتنع، فجعل مجازاً عن الإنشاء في الحال؛ لأن حالته تدل عليه، واللفظ يحتمله؛ لأن المرأة متى صارت طالقاً أمس فهي طالق اليوم؛ لأن الطلاق متى وقع يستمر[(٧)].

---

(١) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٢) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٥، بدائع الصنائع (٣/ ١٦٠)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٣٦)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٠٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣١٩).

(٤) سورة الفجر الآية رقم: ٢٩.

(٥) انظر: تفسير البغوي طبعة إحياء التراث (٥/ ٢٥٣).

(٦) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٦، المبسوط (٦/ ١٣٧)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٣٧)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٠٣)، فتح القدير (٤/ ٢٣).

(٧) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٦، بدائع الصنائع (٣/ ١٣٢)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٠٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٢٤).

ولو قال لها: أنت طالق اليوم غداً، أو غداً اليوم، يعتبر ما يلفظ به أولاً، ففي قوله: اليوم غداً، يقع الطلاق / [١٢١/أ] اليوم؛ لأنه إيقاع في اليوم، وبقوله: غداً، يريد أن يجعله إضافة إلى الغد، وليس في وسعه ذلك ويلغو. وفي قوله: غداً اليوم، إضافة الطلاق إلى الغد. وبقوله: اليوم، يريد أن يجعله تنجيزاً، وليس في وسعه ذلك، فلغا ذكر اليوم[١].

لو قال: أنت طالق ما لم أطلقك

رجل قال لامرأته: أنت طالق ما لم أطلقك، أو متى لم أطلقك، أو متى ما لم أطلقك، فكما سكت تطلق؛ لأنه أضاف الطلاق إلى وقت خال عن التطليق؛ لأن (متى) للوقت، فكما سكت وجد ذلك الوقت، فوقع فيه.

وهاهنا ثلاثة فصول أحدها ما ذكرنا[٢]. والثاني: قوله: أنت طالق إن لم أطلقك، لا يقع حتى يموت؛ لأن (إنْ) شرط محض، وقد علق الطلاق بعدم التطليق، والعدم لا يتحقق إلا عند وقوع اليأس عن فعله، وإنما يقع اليأس عند العجز الكلي، وإنه لا يتحقق إلا في آخر عمره عند موته، وإن ماتت هي لم يذكرها هنا، وذكر في الأصل وجعل موتها مثل موته، وقال: لا تطلق حتى يموت أحدهما[٣].

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٦، المبسوط (٦/ ١١٥)، بدائع الصنائع (٣/ ١٣٤)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٣٨)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٠٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٢٢).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٦، شرح قاضي خان (٢/ ٧٣٨)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٠٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٢٥).

(٣) انظر: الأصل (٤/ ٤٨٧)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٣٩)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٠٦).

وذكر في الفصل الثالث: لا تطلق حتى يموت هو أو هي، وذكر في النوادر: لا تطلق عند موتها؛ لأن الزوج يبقى قادراً على التطليق[١]، والصحيح ما ذكرنا هاهنا[٢].

وفي الأصل: لأنه وإن بقي قادراً على التلفظ لكنه [لم][٣] يبق قادراً على التطليق لفوات محله[٤].

والثالث: قوله: أنت طالق إذا لم أطلقك، إن نوى به الوقوع في الحال وقع؛ لأن (إذا) عبارة عن الوقت، فأشبه الفصل الأول. وإن نوى به الوقوع في آخر العمر فهو كما نوى؛ لأنه بمعنى (إنْ)، فأشبه الفصل الثاني. وإن لم ينو شيئاً لا يقع عند أبي حنيفة حتى يموت هو أو هي، وعند صاحبيه تطلق كما سكت؛ لأن (إذا) حقيقة للوقت كـ (متى)، فصار من الفصل الأول. ولأبي حنيفة: أن (إذا) بمعنى (إنْ) عند أهل الكوفة، واحتج إمامهم في اللغة وهو الفراء[٥] بقول الشاعر على ذلك:

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٥/ ٣٢٦).

(٢) انظر: تبيين الحقائق (٢/ ٢٠٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٢٦).

(٣) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٤) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٦، المبسوط (٦/ ١١١)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٣٩)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٠٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٢٦)، فتح القدير (٤/ ٣١).

(٥) هو إمام اللغة، أبو زكريا، يحيى بن زياد بن عبد الله الفراء، سُمِّي بالفراء؛ لأنه كان يفري الكلام، كان مولى لبني أسد، من أهل الكوفة، أخذ عن أبي الحسن علي بن حمزة الكسائي، وأخذ عنه: سلمة بن عاصم، ومحمد بن عاصم السمري وغيرهما. كان إماماً ثقة. يحكى عن أبي العباس أحمد بن يحيى ثعلب أنه قال: لولا الفراء لما كانت اللغة؛ لأنه خلصها وضبطها، ولولا الفراء لسقطت العربية؛ لأنها كانت تنازع ويدَّعيها كل من أراد، ويتكلم الناس على مقادير عقولهم وقرائحهم فتذهب. كان يقال عنه: الفراء أمير المؤمنين في النحو. له تصانيف كثيرة منها: الحدود، والمعاني، واللغات، والوقف والابتداء، وغيرها كثير. توفي الفراء سنة ٢٠٧ هـ في طريق مكة وهو ذاهب إلى الحج، وقد بلغ ٦٣ سنة رَحِمَهُ اللَّهُ. انظر: نزهة الألباء في طبقات الأدباء ص٨١، وفيات الأعيان (٦/ ١٧٦)، سير أعلام النبلاء (١٠/ ١١٨).

فاستغن ما أغناك ربك بالغنى   وإذا تصبْك خصاصة فَتَجَمَّلِ[١][٢]

جعل (إذا) بمعنى (إن) حيث جزم الفعل به[٣].

لو قال: أنت طالق ثلاثاً ما لم أطلقك أنت طالق

ولو قال لها أنت طالق ثلاثاً ما لم أطلقك أنت طالق، [قال ذلك][٤] موصولاً، تقع واحدة ولا تقع الثلاث؛ لأنه أضاف الثلاث إلى وقت خال عن التطليق عقيب اليمين، ولم يوجد حيث وصله بالتطليق[٥].

لو قال: أنت طالق في الغد

رجل قال لامرأته: أنت طالق في الغد، يقع في أول الغد، وإن نوى الوقوع في آخره صُدِّق في القضاء عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه لا يُصَدَّق في القضاء؛ لأنه نوى خلاف الظاهر؛ لأن ظاهره وقوع الطلاق في جميع الغد، فأشبه قوله: أنت طالق غداً، ونوى الوقوع في آخره لا يصدق في القضاء. ولنا: أنه نوى حقيقة كلامه؛ لأنه جعل الغد ظرفاً للطلاق؛ لأن (في) حقيقة للظرفية، والمظروف لا يشغل جميع الظرف، وإنما يشغل / [١٢١/ ب] بعضه، وآخره بعضه، إلا أنه عند الإطلاق يقع في أوله؛ لأنه بعضه، بخلاف قوله: أنت طالق غداً؛ لأنه إيقاع في الجميع لا أنه جعله ظرفاً[٦].

---

(١) التَّجَمُّل: التَّصَبُّر. انظر: طلبة الطلبة ص ٥٨.

(٢) هذا البيت من شعر عبد قيس بن خُفاف البُرْجُمِي. انظر: المفضليات ص١٨٥، الأصمعيات ص٢٣٠، لسان العرب (١/ ٧١٢).

(٣) انظر: المبسوط (٦/ ١١١)، بدائع الصنائع (٣/ ١٣١)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٣٩)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٠٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٢٦)، فتح القدير (٤/ ٣٢).

(٤) سقط، وأثبته من: تبيين الحقائق (٢/ ٢٠٧).

(٥) وعند زفر تقع ثلاث تطليقات. انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٣٣)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٤٠)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٢٨).

(٦) شرح الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٧، المبسوط (٦/ ١١٥)، بدائع الصنائع (٣/ ١٤٣)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٤١)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٠٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٢٣).

لو قال: أنت طالق وأنت مريضة

رجل قال لامرأته: أنت طالق وأنت مريضة، ونوى إن مرضت لا يصدق في القضاء؛ لأنه خلاف الظاهر؛ [لأن ظاهره][١] تنجيز لا تعليق[٢].

لو قال: أنت طالق بائناً

ولو قال لها: أنت طالق بائناً، أو ألبتة، فهي [واحدة][٣] بائنة عندنا [إن لم تكن له نية][٤]، وعند الشافعي رجعية؛ لأن الزوج لا يملك الإبانة بعد الدخول إلا بالثلاث، أو الخلع[٥]، لأن الصريح بعد الدخول يعقب الرجعة، وهو بهذا يغير الحكم الشرع فيلغو ذلك[٦]. قلنا: لا نسلم أن الصريح معقب للرجعة؛ لأنه بحقيقته يفيد البينونة لكن بواسطة رفع القيد؛ لأنه ينبئ عن رفع القيد، فيكون حكمه الأصلي ارتفاع القيد، لكن إذا ارتفع القيد لا يبقى لبقاء الوصلة فائدة، فتنقطع فتثبت البينونة، ولهذا تثبت به البينونة قبل الدخول، وبعد الدخول عند انقضاء العدة لا بانقضاء العدة، لكن عرفنا تأخير ارتفاع القيد إلى حين انقضائها؛ بتسمية الشرع إياها أجلاً لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ﴾[٧]، لكن الشرع

---

(١) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٧، شرح قاضي خان (٢/ ٧٤٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٢١).

(٣) سقط، وأثبته من: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٧، شرح قاضي خان (٢/ ٧٤٣)، تبيين الحقائق (٢/ ٢١١).

(٤) سقط، وأثبته من: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٧، شرح قاضي خان (٢/ ٧٤٣)، تبيين الحقائق (٢/ ٢١١).

(٥) الخلع: بالفتح وسكون اللام في اللغة النزع، ومنه خالعت المرأة زوجها إذا افتدت منه بمال. وقيل: الخلع بالضم في المرأة، وبالفتح في غيرها، وإنّما قيل ذلك؛ لأنّ كلاً منهما لباس لصاحبه، فإذا فعلا ذلك فكأنهما نزعا لباسهما. وفي الشرع: أخذ المال بإزاء إزالة ملك النكاح. انظر: أنيس الفقهاء ص٥٧، كشاف اصطلاحات الفنون (١/ ٧٦٠).

(٦) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ١٦٥)، نهاية المطلب (١٤/ ٧٠).

(٧) سورة الطلاق الآية رقم: ٤.

إنما أخر لحاجة العبد، وحاجته خفية تعرف بدليلها، فإذا لم يصف الصريح بالبينونة عرف أنه محتاج، وإن وصفها بالبينونة، أو قرنها بالثلاث، دل ذلك على أنه غير محتاج، فلا يثبت حق الرجعة، ولهذا سمي الطلاق رجعيـاً؛ لأن حكمه الأصلي وهو ارتفاع القيد رجع إلى ما بعد العدة، فلم يكن بهذا مغيراً للشرع، وإنما صار مقرراً[1].

فإن قال بعدما قال أنت طالق: جعلته بائنـاً، أو ثلاثـاً، صح عند أبي حنيفة. وعند محمد لا يصح؛ لأنه كما طلق ثبت حق الرجعة، وهو بقوله بعد ذلك: جعلته بائنـاً، يريد إبطال الحكم الثابت شرعـاً، وإنه لا يملكه فلا يصح، وإذا لم يصح جعله بائنـاً فأولى ألا يصح جعله ثلاثـاً؛ لأن جعل الواحد ثلاثـاً مستحيل. وعند أبي يوسف لا يصح جعله ثلاثـاً؛ لما قال محمد، ويصح جعله بائنـاً؛ لأن الصريح قابل لهذا الوصف، ولهذا إذا قال: أنت طالق بائن، فهي بائنة، فإذا ألحقه به يلتحق.

له: أنه صح جعله بائنـاً؛ لما قال أبو يوسف، وصح جعله ثلاثـاً بطريق الاقتضاء؛ لأنه لا صحة لقوله جعلته ثلاثـاً إلا بعد ضم الثنتين إليه، فثبت ذلك مقتضاه سابقـاً عليه تصحيحـاً لكلامه،كما في قوله: أعتق عبدك عني على ألف درهم[2].

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٧، شرح قاضي خان (٢/ ٧٤٣)، تبيين الحقائق (٢/ ٢١١)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٤٤)، فتح القدير (٤/ ٤٩).

(٢) انظر: المحيط البرهاني (٣/ ٥١٥)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٣٠)، الجوهرة النيرة (٢/ ٣٣)، فتح القدير (٤/ ٧٣)، البحر الرائق (٣/ ٢٧٥).

لو قال: أنت طالق أشد الطلاق

ولو قال لها: أنت طالق أشد الطلاق، فهي واحدة بائنة، وإن نوى الثلاث، فثلاث؛ لأن الطلاق ذاته لا يوصف بالشدة باعتبار ذاته؛ لأنها لا تقبل، وإنما يوصف باعتبار حكمه؛ لأن حكم البائن أشد من حكم الرجعي في مقابلة الرجعي، وحكم الثلاث / [١٢٢/أ] أشد من حكم البائن في مقابلته، فعند الإطلاق ينصرف إلى الأدنى وهي البينونة؛ لأنها المتيقن، وعند نية الثلاث ينصرف إلى الأعلى؛ لأنه محتمل كلامه(١).

لو قال: أنت طالق كألف

ولو قال لها: أنت طالق كألف، فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد ثلاث؛ لأن الألف اسم للعدد، وقد شبه الطلاق بالعدد، فتقع الثلاث، كما إذا قال: أنت طالق كعدد الألف. لنا: أن الشيء قد يشبَّه بالألف لقوته؛ فإنه يقال: هذا الفارس كألف فارس، ولا يريدون التشبيه في العدد؛ لأنه محال، وإنما يريدون التشبيه في القوة، وقد يشبه به لكثرته، وحكم البائن في مقابلة الرجعي قوي، وحكم الثلاث أقوى من حكم البائن، فعند الإطلاق ينصرف إلى الأدنى؛ لأنه المتيقن، وعند نية الثلاث ينصرف إلى الأقوى؛ لأنه محتمل كلامه(٢).

لو قال: أنت طالق ملء البيت

ولو قال لها: أنت طالق ملء البيت فكذلك؛ لأن الشيء قد يملأ البيت لعظمته، وقد يملأ البيت لكثرته، وحكم البائن أعظم من حكم الرجعي، فعند الإطلاق ينصرف إليه، وعند نية الثلاث ينصرف إلى الثلاث؛ لأنه محتمل كلامه(٣).

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٨، بدائع الصنائع (٣/ ١١٠)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٤٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٤٩).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٨، بدائع الصنائع (٣/ ١١٠)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٤٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٥٠).

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٨، شرح قاضي خان (٢/ ٧٤٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٤٩).

لو قال: أنت طالق مثل رأس الإبرة

ولو قال لها: أنت طالق مثل رأس الإبرة، أو مثل حبة الخردل، فهي واحدة بائنة عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لما بينا أن عنده متى شبه الطلاق بشيء يكون بائناً، وعندهما يكون رجعياً[١]، أما عند أبي يوسف [ومحمد][٢]؛ فلأنه ما ذكر العِظَم في المشبه به، وأما عند زفر؛ فلأن المشبه به ليس بعظيم في نفسه.

ولو قال: مثل عظم رأس الإبرة، فهي بائن، أما عند أبي حنيفة؛ فلمكان التشبيه، وعندهما؛ لذكر العِظَم، وعند زفر رجعي؛ لأنه ليس بعظيم في ذاته[٣].

لو قال: أنت طالق عدد التراب

ولو قال: أنت طالق عدد التراب، فهي واحدة عند أبي يوسف؛ لأن التراب لا يعد، فأشبه تشبيهه بالواحد، وعند محمد ثلاث؛ لأنه يراد به الكثرة، والطلاق الكثير هو الثلاث[٤].

وفي نوادر محمد بن سماعة إذا قال لها: أنت طالق أقبح الطلاق، فهو رجعي عند أبي يوسف؛ لأن الطلاق لا يوصف بالقبح، فلغا ذكره، وبقي قوله: أنت طالق. وعند محمد بائن؛ لأن أقبح الطلاق [أغلظه][٥]، وهو البائن والثلاث، لكن البائن أدناهما فانصرف مطلقة إليه[٦].

---

(١) قول محمد في هذه المسألة فيه تردد كما ذكر ذلك صاحب الهداية وغيره، فتارة يذكر قول محمد هنا مع قول أبي حنيفة كما ذكر ذلك صاحب المبسوط، وتارة يذكر قول محمد مع قول أبي يوسف كما ذلك صاحب المحيط، والشارح هنا في هذه المسألة جعل قول محمد مع قول أبي يوسف. انظر: المبسوط (٦/ ١٢٥)، الهداية (١/ ٢٣٣)، المحيط البرهاني (٣/ ٢٢١)، الجوهرة النيرة (٢/ ٣٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٥١).

(٢) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٣) انظر: المبسوط (٦/ ١٢٥)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٤٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٥١).

(٤) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٧٤٤)، تبيين الحقائق (٢/ ٢١٢)، الجوهرة النيرة (٢/ ٣٦).

(٥) كتبها الناسخ: (أغيظه)، وهو تصحيف، وما أثبته من: شرح قاضي خان (٢/ ٧٤٨).

(٦) انظر: المبسوط (٦/ ١٤٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٤٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٤٨).

لو قال: أنت طالق تطليقة شديدة

ولو قال: أنت طالق تطليقة شديدة، أو طويلة، أو عريضة، فهي واحدة بائنة، وإن نوى ثلاثاً فثلاث. أما الشديدة؛ فلما ذكرنا في الأشد. وأما الطويلة والعريضة؛ فلأنه يذكر ويراد به القوة، يقال: ليس لهذا هذا الطول وهذا العرض، أي ليس له هذه القوة(١).

لو قال: أنت طالق من هاهنا إلى الشام

ولو قال لها: أنت طالق من هاهنا إلى الشام، فهو رجعي عندنا، وعند زفر بائن؛ لأنه وصفه بالطول، فأشبه قوله: أنت طالق تطليقة طويلة. قلنا: بل وصفه بالقصر؛ لأن صريح الطلاق إذا وقع عم الأمكنة كلها، ومتى خصه بمكان فقد وصفه بالقصر، والطلاق القصير رجعي(٢).

لو قال: أنت طالق مع موتي

ولو قال لها: أنت طالق مع موتي، أو مع موتك، فليس بشيء؛ / [١٢٢/ ب] لأنها لا تبقى محلاً للطلاق مع الموت، فصار مضيفاً الطلاق إلى غير محله، فيلغو(٣).

لو قال لزوجته وهي أمة: إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين

ولو قال لزوجته وهي أمة: إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين، وقال لها مولاها: إذا جاء غد فأنت حرة، فجاء غد، وقعا، وتحرم عليه حتى تنكح زوجاً غيره عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد يملك رجعتها؛ لأنه قرن بين الطلاق والعتاق؛ لأن كلامهما يصير إعتاقاً وتطليقاً عند مجيء الغد معاً، فينزلان معاً، فأشبه قوله: أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك، فأعتقها تطلق ثنتين ويملك

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٨، شرح قاضي خان (٢/ ٧٤٣)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٣٠)، فتح القدير (٤/ ٥٣).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٨، شرح قاضي خان (٢/ ٧٤٥)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٢٧)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٠٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٢٠).

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٨، شرح قاضي خان (٢/ ٧٤٨)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٠٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٣٤).

الرجعة، كذا هاهنا. لنا: أنه قرن بينهما، والقران بينهما لا يتحقق إلا بطريقين، أحدهما: أن يعلق الطلاق بالعتق، فيصير العتق شرطاً للطلاق؛ لأن الجزاء يقارن الشرط. والثانية: أن يتعلقا بشرط واحد؛ لأنهما إذا تعلقا بشرط واحد يقترنان في النزول، وهذه الطريقة لا تتحقق في قوله: أنت طالق مع عتق مولاك إياك؛ لأنه ليس ثَمَّ شرط آخر حتى يتعلقا به، فتعينت الطريقة الثانية، وهو تعليق الثنتين بالعتق، فيصير تقديره أنت طالق ثنتين إن أعتقك مولاك، فإذا أعتق تقع الثنتان عقيب العتق؛ لأن الجزاء ينزل عقيب وجود الشرط، فتصادفها الثنتان وهي حرة، فيملك الرجعة؛ لأن طلاق الحرة ثلاث، وفيما نحن فيه شرط آخر، وهو إتيان الغد، فتعلقا به، فإذا وجد الشرط نزلا معاً، فتصادفها الطلقتان وهي أمة، كما يصادفها العتاق وهي أمة؛ لأنه لو لم يصادفها العتاق وهي أمة لما وقع، فإذا صادفها العتاق وهي أمة صادفها الثنتان وهي أمة؛ لأنهما نزلتا معه[1].

لو قال: أنت طالق وأشار بأصابعه

ولو [قال][2]: أنت طالق هكذا مشيراً بالسبابة والوسطى والإبهام، فهي ثلاث؛ لما مر أن الإشارة ببطون الأصابع منشورة تعمل عمل التلفظ بالعدد في العرف والعادة، وإن نوى المضمومتين لا يصدق في القضاء؛ لأنه خلاف الظاهر[3].

ولو قال لها: أمرك بيدك، فقالت: أنت مني طالق، لا يقع وإن نوى، وعند الشافعي يقع؛ لأنها أضافت الطلاق إلى محله؛ لأن محله الحل، والحل مشترك

---

(١) أي مع مجيء الغد. انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٨، شرح قاضي خان (٢/ ٧٤٨)، تبيين الحقائق (٢/ ٢١٠)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٣٨).

(٢) كتبها الناسخ: (قالت)، والصواب ما أثبته.

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص١٩٩، بدائع الصنائع (٣/ ١٠٩)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٤٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٤٢).

بينهما، فصار كما لو قالت: أنت مني بائن، أو علي حرام، ونوت الطلاق يقع، كذا هاهنا(١).

لو قال: أمرك بيدك

ولنا: أضافت الطلاق إلى غير محله؛ لأن محله القيد؛ لأنه ينبئ عن رفع الحل، ولا قيد في الرجل فلا يصح، بخلاف قولها: أنت مني بائن؛ لأنها أضافته إلى محله؛ لأن محل البينونة الوصلة، ومحل التحريم الحل، والحل مشترك بينهما، وكذلك الوصلة، بخلاف ما إذا قالت: أنت بائن، ولم تقل: مني، حيث لا يقع؛ لأن الرجل بائن من أشياء جمة، فأمكن تصحيحه فلا يجعل إنشاء(٢).

لو قال لأجنبية: أنت طالق يوم أتزوجك

ولو قال لأجنبية: يوم أتزوجك فأنت طالق، فتزوجها في الليل / [١٢٣/أ] تطلق؛ لأنه أضاف اليوم إلى فعل لا يمتد، فصار عبارة عن الوقت المطلق، كما في قوله عَزَّوَجَلَّ: ﴿ وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ ﴾(٣)، ومعلوم أن من ولى دبره ليلًا يتناوله الوعيد، فعرف أن اليوم متى أضيف إلى فعل لا يمتد يصير عبارة عن الوقت المطلق، فيتناول الليل والنهار بإطلاقه(٤).

❊ ❊ ❊

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ١٥٧)، جواهر العقود (٢/ ١٠٥).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١١٧)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٣٦)، البحر الرائق (٣/ ٣٤٣).

(٣) سورة الأنفال الآية رقم: ١٦.

(٤) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٠٠، شرح قاضي خان (٢/ ٧٥٢، ٧٧٣)، المحيط البرهاني (٣/ ٢٥١)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٠٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٣٠)، البحر الرائق (٣/ ٢٩٨).

باب الأيمان في الطلاق[1]

وصف اليمين

الأصل فيه: أن اليمين بغير الله تعالى ذكر شرط صالح وجزاء صالح، والشرط الصالح ما يكون معدوماً على خطر الوجود، والجزاء الصالح ما يكون غالب الوجود عند وجود الشرط، أو متيقن الوجود عند وجوده عقيب اليمين؛ لأن اليمين إنما تعقد للمنع أو الحمل، وإنه لا يتحقق ما لم يكن الجزاء حاملاً أو مانعاً، وإنما يكون حاملاً أو مانعاً إذا كان غالب الوجود عند وجود الشرط، أو متيقن الوجود عند وجوده، فإن المرء قد يسافر مع توهم الضرر في سفره، ولا يسافر مع تيقنه بالضرر، ولا مع غلبة وجوده.

فإن كان الجزاء طلاقاً كان يميناً بالطلاق، وإن كان عتاقاً كان يميناً بالعتاق. والجزاء إذا كان طلاقاً إنما يأخذ غلبة الوجود باعتبار الملك القائم [للحال][2]، أو الحل القائم للحال إذا وجدت اليمين، لا في الملك [الذي سيوجد][3]؛ لأن الملك القائم موجود، والأصل في الموجود بقاؤه واستمراره، فيغلب وجوده عند وجوده، أما الملك الذي سيوجد فهو معدوم، والأصل في المعدوم استمراره على العدم، وكذا الحل الذي سيوجد[4].

وإن كانت مضافة إلى الملك أو سببه يأخذ غلبة الوجود بذلك الملك؛ لأنه متيقن وجوده بذلك الملك؛ لأنه متيقن وجوده عند وجوده، ولهذا قال أصحابنا رَحِمَهُمُاللَّهُ: اليمين لا تصح إلا في الملك، أو مضافة إلى الملك[5].

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٠٠.

(٢) كتبها الناسخ: (المحال)، وما أثبته من: بدائع الصنائع (٣/ ١٧٨)، المحيط البرهاني (٣/ ٢٦٦).

(٣) سقط، وأثبته من: المحيط البرهاني (٣/ ٣٦٢).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٢١)، المحيط البرهاني (٣/ ٣٦٢)، البحر الرائق (٤/ ٢).

(٥) انظر: المبسوط (٦/ ٩٣)، بدائع الصنائع (٣/ ٢٧)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٣١)، حاشية=

وإن كان الطلاق معلقاً بشرط، إن وجد الشرط في الملك تنحل إلى جزاء، وإن وجد في غير الملك تنحل لا إلى جزاء[١].

وإن كان معلقاً بشرطين يشترط لنزوله الملك عند آخرهما عند علمائنا، وعند زفر عندهما؛ لأنهما شرط واحد، وإذا اعتبر الملك عند بعضه يعتبر عند كله. قلنا: إنما اعتبر الملك عند آخرهما؛ لأن الجزاء ينزل عنده فيعمل فيه، أما عند أولهما لا ينزل، فلا حاجة إلى اشتراط الملك ليعمل فيه[٢]. ومتى صار الجزاء بحال لا يتصور وجوده عند وجود الشرط تبطل اليمين؛ لأنه لا يبقى جزاء؛ لأن كونه جزاء صالحاً لكونه غالب الوجود عند وجود الشرط، وقد فات ذلك / [١٢٣/ ب] على وجه لا يتصور عوده، فلا يبقى جزاء، فلا تبقى اليمين يميناً[٣]. وحل المحلية متى ثبت لا يزول إلا بالثلاث[٤].

رجل قال: إذا ولدت غلاماً فأنت طالق واحدة

فإذا عرف هذا نقول: قال: «رجل قال لامرأته: إذا ولدت غلاماً فأنت طالق واحدة، وإذا ولدت جارية فأنت طالق ثنتين، فولدت غلاماً وجارية في بطن واحد لا يدري أيهما أول، يلزمه في الحكم تطليقة، وفي التنزه تطليقتان، وتنقضي العدة»[٥]؛ لأن الغلام إن ولد أولًا طلقت واحدة، وتنقضي العدة بولادة الجارية، ولا يقع عليها شيء؛ لأن الطلاق [يصادفها][٦] حال انقضاء العدة، وحال انقضاء العدة المرأة ليست بمحل، وإن ولدت الجارية أولاً طلقت ثنتين، وانقضت

= ابن عابدين (٣/ ٣٦٤).

(١) انظر: تبيين الحقائق (٢/ ٢٣٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٢٠).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٢٨)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٣٩)، فتح القدير (٤/ ١٣٠).

(٣) انظر: المبسوط (٦/ ٩٤)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٤٠)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٣٤٩).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٢٧)، البحر الرائق (٤/ ٦١).

(٥) الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٠١.

(٦) كتبها الناسخ: (يصادف)، وما أثبته يقتضيه السياق.

العدة بولادة الغلام، ولا يقع عليها شيء؛ لأن الطلاق يصادفها حال انقضاء العدة، فإذاً الواحدة متيقن بوقوعها، فإنها تقع في كل حال، والثانية مشكوك في وقوعها؛ لأنها تقع في حال [ولا تقع في حال](١)، فلا تقع بالشك؛ لأنها لم تكن موجودة بيقين، واليقين لا يزال بالشك(٢)(٣).

لو قال: إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فأنت طالق

وإن قال لها: إن كلمت أبا عمرو [و](٤) أبا يوسف فأنت طالق، إن كلمتهما في الملك طلقت؛ لأن الشرط وجد في الملك فانحلت إلى جزاء، وإن كلمتهما في غير الملك لا تطلق؛ لأن الشرط وجد في غير الملك فتنحل لا إلى جزاء، وإن كلمت أحدهما في الملك والثاني في غير الملك فكذلك؛ لأن آخرهما وجد في غير الملك فتنحل لا إلى جزاء، وعلى العكس؛ لأن آخرهما وجد في الملك فانحلت إلى جزاء، وعند زفر لا تطلق؛ لما بينا أنه يعتبر الملك عندهما، وعندنا يعتبر عند آخرهما لما مر(٥).

لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثًا

رجل قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثـًا، فأبانها بواحدة أو ثنتين، ثم عادت إليه بعد زوج [آخر](٦)، ودخلت الدار، طلقت ثلاثـًا عند أبي حنيفة

---

(١) سقط، وأثبته بمعناه من: البناية شرح الهداية (٥/ ٤٢٤)، النافع الكبير شرح الجامع الصغير ص٢٠١.

(٢) هذه قاعدة فقهية مشهورة، وهي من القواعد الكبرى الكلية، وقد وردت في كتب الفقه الحنفي باستفاضة. انظر: أصول الكرخي ص٥، المبسوط (١/ ٥٠)، بدائع الصنائع (١/ ٧٣)، تبيين الحقائق (١/ ٨)، البناية شرح الهداية (١/ ٤٦١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٤٧.

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٠١، المبسوط (٦/ ١٠٤)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٥٣)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٣٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٢٤).

(٤) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٥) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٠١، شرح قاضي خان (٢/ ٧٥٣)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٣٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٢٥).

(٦) سقط، وأثبته من: شرح قاضي خان (٢/ ٧٥٤).

وأبي يوسف، وعند محمد وزفر يقع ما بقي من الثلاث، بناء على الخلاف في الأصل الذي ذكرنا أن حل المحلية متى ثبت ابتداء لا يزول إلا بالثلاث، لكن اختلفوا هاهنا أن حل المحلية هل ثبت بالزوج الثاني أم لا ؟ عند أبي حنيفة وأبي يوسف ثبت وعندهما لم يثبت.

ولقب المسألة: الزوج الثاني هل يهدم ما دون الثلاث ؟ عند أبي حنيفة وأبي يوسف يهدم، وعندهما لا يهدم[١]. لهما: أن الزوج الثاني إنما يثبت الحل إذا وجد بعد الثلاث، وهاهنا لم يوجد بعد الثلاث فلم يثبت الحل وبقي الحل الأول، وهذه طلقة ثالثة منه فيزول [الحل الأول][٢]؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ﴾[٣]. ولنا: قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لعن الله الـمُحَلِّل والـمُحَلَّل له»[٤]، أورده أبو داود في سننه، وأبو عيسى في جامعه، والمراد بالـمُحَلِّل الزوج

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٠١، المبسوط (٦/ ٩٦)، بدائع الصنائع (٣/ ١٢٦)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٥٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٢٧)، فتح القدير (٤/ ١٣٢).

(٢) سقط، وأثبته بمعناه من: بدائع الصنائع (٣/ ١٢٧).

(٣) سورة البقرة الآية رقم: ٢٣٠.

(٤) هذا الحديث روي عن علي بن أبي طالب وغيره من الصحابة - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ أجمعين -، والذي أورده الشارح هنا هو حديث علي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ؛ لأنه ذكر تخريجه من سنن أبي داود والترمذي، والحديث الذي جاء فيهما هو حديث علي، كما أخرج الحديث أيضاً أحمد في مسنده وابن ماجه في سننه. قال الزيلعي: إسناده معلول بالحارث. وقال ابن حجر: فيه الحارث الأعور، وهو ضعيف. وصححه الألباني بمجموع طرقه وأسانيده. انظر: مسند أحمد (٢/ ٦٧)، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب المحلل والمحلل له، (١/ ٦٢٢)، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في التحليل، (٢/ ٢٢٧)، سنن الترمذي، أبواب النكاح، باب ما جاء في الـمُحِل والـمُحَلَّل له، (٣/ ٤١٩)، نصب الراية (٣/ ٢٣٩)، الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ٧٣)، إرواء الغليل (٦/ ٣٠٧).

الثاني، فإن أبا عيسى أورده في جامعه في باب ما جاء في الزوج الثاني[١]، وقد أخبر صاحب الشرع أن الزوج / [١٢٤/ أ] الثاني مثبت للحل من غير فصل بين ما إذا وجد قبل الثلاث أو بعده؛ لأن الـمُحِل اسم لمن يثبت الحل، كالـمُسَوِّد اسم لمن يثبت السواد، والحل متى يثبت ابتداء لا يزول إلا بالثلاث، وقد ثبت هاهنا بخبر صاحب الشرع. قوله: إنما يثبت إذا وجد في أوانه. قلنا: مُسَلَّم، لكن أوانه [أوان][٢] ثبوت الحل. فإن قيل: إنما يثبت الحل في محل قابل لثبوته، والمحل القابل لثبوته المحل الفارغ؛ لأن الثابت لا يثبت ولم يوجد الفراغ؛ لأن المحل مشغول بالحل؛ لأن زواله متعلق بالطلقة الثالثة ولم توجد. قلنا: الفراغ ثبت ضرورة النص؛ لأن صاحب الوحي نص على أنه مثبت للحل مطلقاً، والحل لا يثبت إلا في محل فارغ، فيثبت الفراغ [ضرورة النص، وإنما لم تنحل اليمين منعقدة لزوال الحل؛ لأنه أزال الأخلف وهو حل مثله، وزائل الأخلف][٣] كالقائم حكماً[٤].

ولو قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق ثالثاً، ثم نَجَّز الثلاث قبل الدخول، ثم عادت إليه بعد زوج، فدخلت الدار لا تقع الثلاث عندنا، وعند زفر تقع،

ولقب المسألة: التنجيز هل يبطل التعليق ؟ عندنا يبطل، وعنده لا يبطل. له: أن الجزاء كلام، لو صار طلاقاً يصير طلقات مبطلة للحل المطلق، وبتنجيز

(١) انظر: تخريج الحديث السابق.

(٢) كتبها الناسخ: (وان)، وهو خطأ واضح.

(٣) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٤) انظر: أصول السرخسي (١/ ١٣٠)، المبسوط (٦/ ٩٥)، بدائع الصنائع (٣/ ١٢٦)، الكافي شرح البزدوي (١/ ٢٩٠)، كشف الأسرار (١/ ٨٥)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٥٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٨٣)، فتح القدير مع العناية (٤/ ١٨٣)، التقرير والتحبير (٢/ ٢٢٢)، تيسير التحرير (٣/ ١٨).

الثلاث لم يصر بحال لا يتصور وجوده عند وجود الشرط؛ لأن الحل المطلق يتناول الحل القائم والحل الذي سيوجد، والحل وإن [زال][١] بالتنجيز لكن الحل الذي سيوجد متصور الوجود، فتبقى اليمين لإبطاله عند وجود الشرط.

ولنا: أن بالتنجيز صار الجزاء بحال لا يتصور وجوده عند وجود الشرط فتبطل اليمين، كما إذا فات الشرط على وجه لا يتصور عوده بأن جعل الشرط دخول دار بعينها، فهدت وجعلت بستاناً، أو حماماً، تبطل اليمين، فكذا إذا فات الجزاء على وجه لا يتصور عوده؛ لأن الجزاء طلقات مبطلة للحل القائم للحال؛ لما بينا أن الجزاء ما يكون غالب الوجود عند وجود الشرط، وإنما يكون غالب الوجود باعتبار الحل القائم للحال لا باعتبار حل سيوجد؛ لأن الحل الذي سيوجد لا يصلح محلاً للجزاء فتعين هذا، والحل القائم قد فات على وجه لا يتصور عوده، فلم يبق الجزاء غالب الوجود، فلم يبق جزاء، فبطلت اليمين[٢].

لو قال: إن جامعتك فأنت طالق ثلاثاً

ولو قال لها: إن جامعتك فأنت طالق ثلاثاً، فلما التقى الختانان لبث ساعة، لا يجب المهر، وعند أبي يوسف يجب؛ لأن البقاء على الجماع جماع، وإنه وجد بعد اللبث، لكن لم يجب الحد لتمكن الشبهة؛ لأن أوله وقع في الملك فلم يوجب الحد فكذا آخره، فوجب العقر؛ لأن الوطء لا يخلو عن عقوبة أو غرامة.

ولنا: أن المهر يتعلق بالجماع، والجماع لم يوجد؛ لأن البقاء على الجماع ليس بجماع؛ لأن الجماع إيلاج الفرج / [١٢٤/ب] في الفرج، ولم يوجد حالة البقاء، حتى إنه لو أخرج ثم أولج يجب بالإجماع؛ لوجود الجماع.

وعلى هذا الخلاف إذا قال لأمته: إن جامعتك فأنت حرة، فلما التقى الختانان

---

(١) كتبها الناسخ: (زوال)، والسياق يقتضي ما أثبته.

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٢٧)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٥٤)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٢٧)، البحر الرائق (٤/ ٣٧).

لبث ساعة.

وإن كان الطلاق رجعياً لا يصير مراجعاً باللبث، وعند أبي يوسف يصير[(١)].

لو قال: إن حضت فأنت طالق

ولو قال لها: إن حضت فأنت طالق، فكما رأت الدم تطلق؛ لأن الحيض عبارة عن درور دم الحيض وقد وجد، لكن لا يعرف كونه دم الحيض ما لم يستمر ثلاثة أيام، فإذا استمر ظهر أنها طلقت حين رأت.

وإن قال: إن حضت حيضة فأنت طالق، لا تطلق حتى تطهر؛ لأن الحيضة اسم للحيضة الكاملة، وكمالها بالطهر، وطهرها بانقطاع الدم على رأس العشرة، أو بانقطاع الدم مع الاغتسال فيما دون العشرة، أو مع ما يقوم مقامه من ثبوته حكم من أحكام الطاهرات في حقها[(٢)].

لو قال: إن صمت فأنت طالق

ولو قال لها: إن صمت فأنت طالق، فكما شرعت في الصوم تطلق؛ لأن الصوم عبارة عن الإمساك مع النية وقد وجد، ولو قال لها: إن صمت يوماً لا تطلق حتى تغرب الشمس؛ لأنه قدر الصوم باليوم، فما لم تغرب الشمس لا يوجد الشرط[(٣)].

ولو قال لها: إن كنت تحبين أن يعذبك الله بنار جهنم فأنت طالق وعبده حر، فقالت: أحب، وكذبها الزوج طلقت، ولا يعتق العبد[(٤)].

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٠٢، شرح قاضي خان (٢/ ٧٥٥)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٤١)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٢٩).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرح النافع الكبير ص٢٠٢، بدائع الصنائع (٣/ ١٢٩)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٥٦)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٣٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٢٣).

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٠٢، شرح قاضي خان (٢/ ٧٥٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٢٤)، البحر الرائق (٤/ ٣٢).

(٤) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٠٣، شرح قاضي خان (٢/ ٧٥٧).

لو قال: إن كنت تحبين أن يعذبك الله فأنت طالق

والأصل في جنس هذه المسائل: وهو أن الطلاق متى علق بفعل من أفعال القلب تعلق الطلاق بدليله لا بحقيقته؛ لأن حقيقته لا يوقف عليها، ودليله إخبارها، لكن إخبارها يكون حجة في حقها في حق حكم يختص بها، أما في حق حكم يختص بغيرها فلا؛ لأنها شاهدة في حق ذلك الحكم، وشهادة الفرد لا تقبل(١).

إذا عرف هذا نقول: المحبة عمل القلب، فتعلق الطلاق بدليلها، وهو إخبارها، فإذا أخبرت وقع الطلاق عليها، ولا يعتق العبد؛ لأنه حكم لا يختص بها.

وعلى هذا إذا قال لها: إن حضت فأنت طالق وهذه معك، فقالت: حضت تطلق هي ولا تطلق ضرتها إذا كذبها الزوج؛ لما بينا(٢).

ولو قال لها: إن كنت تحبيني بقلبك فأنت طالق، فقالت: أحب، طلقت سواء صدقت في إخبارها أو كذبت؛ لأن الطلاق تعلق بإخبارها، وعند محمد لا تطلق فيما بينها وبين الله إن كذبت؛ لأن التقييد بالقلب أبطل جعل الإخبار دليلاً. قلنا: المحبة عمل القلب سواء قيد [أو](٣) لم يقيد، فلم يُقَيَّد بتقييده فلغا، فبقي قوله إن كنت تحبيني بلا تقييد بالقلب(٤).

❊ ❊ ❊

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٢٩).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٠٣، بدائع الصنائع (٣/ ١٣٠)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٥٧).

(٣) كتبها الناسخ: (وا)، وهو خطأ واضح.

(٤) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٠٣، بدائع الصنائع (٣/ ١٢٩)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٥٨)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٣٧)، فتح القدير (٤/ ١٢٧).

باب الكنايات[1]

معنى الكناية

الكناية: كل لفظ يحتمل معنيين فصاعداً، سميت كناية؛ لاستتار مراد المتلفظ بها، ولهذا / [١٢٥/أ] افتقرت إلى النية[2].

والكناية نوع من الحقيقة عندنا، وعند الشافعي مجاز عن صريح الطلاق. ومن هذا الخلاف نشأ الخلاف في الكنايات هل هي بوائن أو رواجع ؟ عندنا بوائن، وعنده رواجع؛ لأنها مجاز عن صريح الطلاق، فتعمل عمله[3]. ولنا: أنها نوع من الحقيقة، فإن أهل اللغة قسموا الكلام إلى حقيقة ومجاز، والحقيقة إلى صريح وكناية، فتعمل بحقيقتها، وحقيقتها الإبانة؛ لأنها تنبئ عن البينونة، لكن البينونة قد تقع عن وصلة النكاح، وقد تقع عن أشياء أخر، فإذا نوى الطلاق فقد عين البينونة عن وصلة النكاح فعملت فيها[4].

حكم الكنايات

والكنايات بوائن إلا ثلاثة، وهو قوله: اعتدي، واستبرئي رحمك، وأنت واحدة، فإنه إذا نوى بهذه الألفاظ الطلاق تقع واحدة رجعية؛ لأن العامل هاهنا صريح الطلاق؛ لأن قوله: واحدة صفة لموصوف محذوف، وهو قوله: أنت طالقة طلقة وإنها صريح، وكذا في قوله: اعتدي واستبرئي؛ لأنه يقتضي سابقة إيقاع؛ لأن الأمر بالاعتداد لا يكون إلا بعد الطلاق، وإنه يحتمل سبق البائن وسبق الرجعي، والثابت بطريق الاقتضاء ثابت بطريق الضرورة، [فيتقدر بقدر الضرورة، والضرورة][5] تندفع بالأدنى وهو الرجعي، فلا ضرورة إلى البائن[6].

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٠٣.
(٢) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٠٥)، البحر الرائق (٣/ ٣٢١).
(٣) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ١٦٠)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٠/ ١٠٩).
(٤) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١١٢)، تبيين الحقائق (٢/ ٢١٧)، مجمع الأنهر (١/ ٤٠٣).
(٥) سقط، وأثبته من: بدائع الصنائع (٣/ ١١٢).
(٦) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١١١)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٣٢)، تبيين الحقائق=

أقسام الكنايات

والكنايات أقسام ثلاثة، أحدها: ما يصلح جواباً فقط، وهي ثلاثة ألفاظ: أمرك بيدك، اختاري، اعتدي، فلا يُدَيَّن فيها في قوله لم أنو الطلاق في حال مذاكرة الطلاق، [وفي] حالة الغضب؛ لأن الحالة تكذبه في عدم النية. والثاني: ما يصلح جواباً وشتيمة، وهي خمسة، قوله: أنت بائن، أنت بَرِيَّة، أنت خَلِيَّة، أنت بتة، أنت عليَّ حرام، فإنه لا يُدَيَّن فيها في حال مذاكرة الطلاق، ويُدَيَّن في حال الغضب؛ لأن هذه الألفاظ كما تصلح للتطليق تصلح للشتم، فإنه كما تحتمل البينونة والخلو والانقطاع عن وصلة النكاح تحتمل الخلو والانقطاع والبراءة عن الخير. وقوله: أنت حرام، كما تستعمل للحرية تستعمل للاستقذار والاستقباح، فحالة الغضب تدل على إرادة الشتم، وحالة مذاكرة الطلاق تدل على إرادة الطلاق، وألحق بها أبو يوسف خمسة أخرى، وهو قوله: خليتك، وسرحتك، وفارقتك، ولا سبيل لي عليك، ولا ملك [لي][1] عليك؛ لأنه يحتمل أنه أراد بقوله: خليتك، وسرحتك، وفارقتك؛ لكراهية المقام معك؛ لسوء أخلاقك. ولا سبيل لي عليك؛ لِشَرِّك وتمردك. ولا ملك لي عليك؛ لأنك أقل وأذل من أن تملكي. والثالث: في سائر الكنايات، نحو قوله: اذهبي، واغْرُبي، واستتري، وتخمَّري، وتقنَّعي، والحقي بأهلك، وابتغي الأزواج، فلا بد في هذا النوع من النية[2].

والأحوال / [١٢٥/ ب] ثلاثة:

حالة مطلقة، وحالة مذاكرة الطلاق، وحالة الغضب، ففي الحالة المطلقة لا يقع الطلاق بشيء من الأقسام الثلاثة إلا بالنية، والقول قول الزوج في أنه لم ينو؛ لأنه مُنكِر، والاستحلاف يجري فيه.

= (٢/ ٢١٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٦١).

(١) سقط، وأثبته من: تبيين الحقائق (٢/ ٢١٧).

(٢) انظر: الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٣٣)، تبيين الحقائق (٢/ ٢١٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٦٧).

وفي حال مذاكرة الطلاق لا يُدَيَّن في القضاء في أنه لم ينو في الأقسام الثلاثة إلا في القسم الثالث؛ لأنه يصلح جواباً ورداً، فيثبت الرد؛ لأنه الأدنى، وهو المتيقن به.

وفي حالة الغضب يُدَيَّن في أنه لم ينو في الأقسام كلها إلا في القسم الأول؛ لأنه يصلح للجواب، وهو الطلاق لا غير والغضب يدل عليه[(١)].

لو قال: أمرك بيدك

وقوله: أمرك بيدك، واختاري، من جملة الكنايات؛ لأن قوله: أمرك بيدك، كما يحتمل الأمر في اليد في التطليق يحتمل الأمر في اليد في التصرف في المال، وكذا اختاري، يحتمل اختاري نفسك في التطليق، ويحتمل اختاري في التصرف في المال، فلهذا افتقر إلى النية، حتى إنه لو لم ينوِ بقوله: أمرك بيدك الطلاق فليس بشيء[(٢)].

وإن ادعت المرأة النية وأنكر الزوج، فالقول قوله؛ لأنه ينكر وقوع الطلاق، إلا في حالة الغضب ومذاكرة الطلاق، فإن الحالة تكذبه، وتُسْمَع بينة المرأة في إثبات حالتي الغضب ومذاكرة الطلاق؛ لأن الشهود يقفون على ذلك، وكذا في إثبات إقراره بالبينة؛ لما بينا، ولا تُسْمَع بينتها في إثبات النية؛ لأن الشهود لا يقفون عليها[(٣)].

وقوله: أمرك بيدك، [المراد][(٤)] إيقاع الطلاق منها، وفيه معنى التعليق، فمعناه ملكتك إيقاع الطلاق، فإن طلقتِ نفسك فأنت طالق، فباعتبار معنى

(١) انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ١٨١)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٣٣)، تبيين الحقائق (٢/ ٢١٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٦٧)، فتح القدير (٤/ ٦٥).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٠٥)، المحيط البرهاني (٣/ ٢٤٠)، تبيين الحقائق (٢/ ٢١٦).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١١٣)، المحيط البرهاني (٣/ ٢٤٠)، الفتاوى الهندية (١/ ٣٩١).

(٤) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

التمليك يقتصر جوابها على المجلس، وباعتبار معنى التعليق يقف على ما وراء المجلس، فإن كانت غائبة يقف على مجلس علمها، ولها الخيار في المجلس الذي علمت [فيه][1]، وإن تطاول المجلس؛ لأن ساعات المجلس ألحقت بساعة واحدة لا تتجزأ؛ لمكان الحاجة، إلا إذا صرحت بالرد، أو وجد منها الإعراض صريحاً أو دلالة، بأن كانت قاعدة فقامت، أو قائمة [فركبت][2]، أو راكبة فسارت، وباعتبار معنى التعليق أيضاً لا يملك الزوج الرجوع عنه، ولا يبطل بقيامه عن المجلس، ولا يملك إبطاله، ولا نهي المرأة عن ذلك؛ لأن التعليق يمين، وإنه يقوم بالحالف وحده، وتقع لازمة، بخلاف البيع، فإنه عقد معاوضة يقوم بالعاقدين بكل واحد منهما شطره، وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس، ويصح التوقيت في الأمر؛ لأن التعليق يتوقت[3].

وقوله: اختاري، بمنزلة الأمر باليد في جميع أحكامه إلا في حكم واحد، وهو أن نية الثلاث تصح / [١٢٦/ أ] في قوله: أمرك بيدك، ولا تصح في قوله: اختاري؛ لأن الأصل أن لا يقع الطلاق بقولها: أختار أو اخترت؛ لأنه ليس من ألفاظ الطلاق، وإنما عدلنا إليه بالسنة، والسنة وردت في الواحدة[4]، فيقتصر على موردها[5].

---

(١) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٢) كتبها الناسخ: (فركبته)، والسياق يقتضي ما أثبته.

(٣) انظر: المبسوط (٦/ ٢٢١)، تحفة الفقهاء (٢/ ١٨٧)، بدائع الصنائع (٣/ ١١٣)، المحيط البرهاني (٣/ ٢٣٩)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٨٣).

(٤) قوله: "عدلنا إليه بالسنة"، يقصد بالسنة إجماع الصحابة - رضوان الله عليهم - أن المخيرة إذا اختارت نفسها في المجلس وقعت طلقة واحدة. انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١١٨)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٦٥).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١١٨)، المحيط البرهاني (٣/ ٢٦٠)، فتح القدير (٤/ ٨٧)، البحر الرائق (٣/ ٣٤٢)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٣٢٤)، الفتاوى الهندية (١/ ٣٩٠).

لكن المحل لا يحتمل الترتيب؛ لأنه ليس في الـمُجْتَمِع في الملك أول ولا آخر، كالـمُجْتَمِع في المكان، فلغا الترتيب دون الوحدة، فصارت كأنها قالت: اخترت واحدة. لأبي حنيفة: الـمُجْتَمِع في الملك من الطلقات لـمَّا لم يقبل الترتيب كالـمُجْتَمِع في المكان لغا قولها: الأولى، والوسطى، والأخيرة، فبقي قولها: اخترت، ولو وقفت على ذلك وقع الثلاث، فكذا إذا ألغت الزيادة[١].

ولو قالت: اخترت اختيارة وقع الثلاث في قولهم؛ لأنها تُذكر للتعميم، فيصير معناها اخترت نفسي بـمَرَّة، وإنه لا يكون إلا بالثلاث[٢]. / [١٢٦/ ب][٣].

لو قال لامرأته: اختاري تطليقة

ولو قال لها: اختاري تطليقة، فقالت: اخترت، تقع رجعية؛ لأنه فوض إليها الاختيار في الرجعة[٤].

لو قال لأمته: أنت طالق ينوي العتق

رجل قال لأمته: أنت طالق أو بائن ينوي به العتق، لا تعتق عندنا[٥]، وعند الشافعي تعتق؛ لأنه نوى ما يحتمله [لفظه][٦]؛ لأنه نوى بالطلاق العتاق، ونية العتاق نية الواقع به لا لفظه؛ لأن اللفظ لا ينوي، والواقع به الانطلاق الكامل،

---

(١) انظر: المبسوط (٦/ ٢١٨)، بدائع الصنائع (٣/ ١٢٠)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٥٩)، تبيين الحقائق (٢/ ٢١٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٨٠).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٢٠)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٦٠)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٨١).

(٣) إلى نهاية هذا الوجه من هذا اللوح وترتيب ألواح المخطوطة صحيح، أما بعد ذلك فهناك تقديم وتأخير في بعض ألواح المخطوطة مما سيضطرني إلى ترتيب الألواح حسب تسلسلها وترتيبها الموضوعي حتى يكون الكلام متصلاً، علماً أنني سأعتمد نفس ترقيم ألواح المخطوطة دون تغيير حتى يسهل الرجوع إليها لمن أراد ذلك، والله الموفق.

(٤) انظر: المبسوط (٦/ ٢١٨)، تحفة الفقهاء (٢/ ١٩١)، المحيط البرهاني (٣/ ٢٦٢)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٨٢).

(٥) انظر: الجامع الصغير وشرح النافع الكبير ص٢٠٦، فتح القدير (٤/ ٤٤٤).

(٦) كتبها الناسخ: (لفظ)، والسياق يقتضي ما أثبته.

وهو الانطلاق من كل وجه، وإنه محتمل لفظة الطلاق؛ لأن الطلاق ينبئ عن الانطلاق، والانطلاق يتنوع إلى انطلاق كامل وإلى انطلاق قاصر، وهو انطلاق من كل وجه، وإنه محتمل لفظة الطلاق؛ لأن الطلاق ينبئ عن الانطلاق الحاصل بالإذن والكناية، فإذا نوى العتق فقد نوى أحد نوعي الانطلاق الكامل، واللفظ يحتمله، فتصح نيته[1].

ولنا: أنه نوى ما لا يحتمله لفظه؛ لأنه نوى بالطلاق العتاق وإنه لا يحتمله؛ لأنه لو احتمله لا يخلو إما أن يحتمله بحقيقته أو بمجازه، لا وجه إلى الأول؛ لأن الحقيقة ما وضع الكلام له، فلو كانت لفظة الطلاق موضوعة للعتاق لما ساغ الخلاف في ذلك؛ لأن الخلاف لا يجري في الموضوعات اللغوية، كما لا يجري في المنصوصات الشرعية، ولا وجه إلى الثاني؛ لأن المجاز لفظ استفيد به ما لم يوضع له، لكن بين محل الحقيقة والمجاز مشابهة في ذلك المعنى بحيث يختص بهما ويلازمهما، ولم يوجد هاهنا؛ لأنه ليس بين طالق وحر مشابهة في معنى العتق؛ لأن اللفظ يستعار له عنده، بدليل أنه يوجد طالق مع ضد العتق، فإن من طلق منكوحته الأمة تصير طالقاً مع كونها رقيقة، وإذا أذن لعبده، أو مكاتبه، يصير طالقاً مع كونه رقيقاً، والرق ضد العتق، ولو كان معنى العتق يلزمهما لما تصور طالق مع ضد العتق، فإذا كان لا يخلو عن هذين الوجهين وكلاً منهما ممتنع امتنع الاحتمال[2].

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ١٦٤)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٨/ ٣٢٢، ١٠/ ٩٥).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٠٦، المبسوط (٧/ ٦٣)، بدائع الصنائع (٤/ ٥٤)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٦٦)، البناية شرح الهداية (٦/ ١٩)، فتح القدير (٤/ ٤٤٤).

لو قال لامرأته: اعتدي اعتدي اعتدي، وقال نويت بالأول الطلاق وبالباقي
ة، دُيِّن في القضاء؛ لأنه نوى حقيقة كلامه؛ لأن حقيقة اعتدي أمر بالعدَّة،
اهر يشهد له؛ لأن المرء إنما يأمر زوجته بالعدة عقيب الطلاق.

لو قال ما نويت بالباقي شيئاً، فهي ثلاث؛ لأنه نوى بالأول الطلاق، وذَكَر
والثالث حال مذاكرة الطلاق، فدلت الحالة على نيته[1].

ذكر في الأصل: إذا قال نويت منهن واحدة، فهي ثلاث؛ لأنه إذا نوى بالثلاث
ـدة، فقد نوى من كل واحدة ثلثها فتتكامل؛ لأنها لا تتجزأ[2].

لو قال لها: أمرك بيدك اليوم وبعد غد، فإن ردت في مجلسها، فلها /
/ أ] الأمر في بعد الغد، ولا تدخل الليلة؛ لأنه فصل بين اليومين بفاصل،
الوصل، فتعدد الوقت، فتعدد الأمر ضرورة تعدد وقته، ولا تدخل الليلة؛
فرد كل يوم بذكر، واليوم المفرد بالذكر لا يتناول الليل[3].

و قال لها: أمرك بيدك اليوم وغداً، فردت في اليوم، أو قامت من مجلسها،
الأمر؛ لأنه جمع بين اليومين بحرف الجمع، والجمع بحرف الجمع
مع [بلفظ الجمع][4]، ولو جمع بينهما بلفظ الجمع بأن قال: أمرك بيدك في
ين، يكون الأمر واحداً؛ لاتحاد الوقت، فكذا هذا، والليلة تدخل فيه؛ لأنه

---

(1) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٠٧، شرح قاضي خان (٢/ ٧٦٨)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٣٩)، تبيين الحقائق (٢/ ٢١٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٧٠)، فتح القدير (٤/ ٧٢).

(2) هذا في القضاء، أما فيما بينه وبين الله فهو على حسب ما نوى. انظر: الأصل (٤/ ٤٥٥)، المحيط البرهاني (٣/ ٢٣٨)، البحر الرائق (٣/ ٣٢٩).

(3) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٠٧، شرح قاضي خان (٢/ ٧٧٠)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٨٤).

(4) سقط، وأثبته من: شرح قاضي خان (٢/ ٧٧١).

جمع بين يومين وما أفرد، واليومان متى ذكرا تدخل الليلة المتخللة بينهما[١]. وعن أبي يوسف في الأمالي: إذا قال أمرك بيدك اليوم وأمرك غداً، فهما أمران، إن ردت في اليوم فلها الأمر في الغد، وإنه صحيح؛ لأنه أفرد كل وقت بخبر، وإنه يمنع مشاركة أحدهما الآخر في خبره؛ لوقوع الغنية عنها[٢].

وذكر محمد بن سماعة عن محمد إذا قال لها: أمرك بيدك اليوم، فلها الأمر إلى غروب الشمس[٣]. ولو قال لها: أمرك بيدك في اليوم، فلها الخيار في مجلسها، وهذا موافق لما ذكرنا من قبل، وهو قوله: أنت طالق في الغد، وأنت طالق غداً، فإنه إيقاع الطلاق في بعض الغد في الغد، وفي الكل في الغد[٤].

ولو قال: أمرك بيدك يوم يقدم فلان، فَقَدِم فلان، ولم تعلم به حتى دخل الليل خرج الأمر من يدها، بخلاف قوله: يوم أتزوجك فأنت طالق، فتزوجها في الليل حيث تطلق؛ لأن اليوم متى أضيف إلى فعل لا يمتد جعل عبارة عن مطلق الوقت، ومتى أضيف إلى فعل يمتد جعل عبارة عن بياض النهار، والتزوج فعل لا يمتد، فجعل عبارة عن مطلق الوقت، وإنه بإطلاقه يتناول الليل، وجَعْل الأمر باليد فعل يمتد، فجعل عبارة عن بياض النهار، وقد جعل الأمر في يدها مؤقتاً ببياض النهار، فإذا دخل الليل مضى الوقت فلا يبقى الأمر، سواء جهلت أو علمت[٥].

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٠٧، بدائع الصنائع (٣/ ١١٦)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٧١)، المحيط البرهاني (٣/ ٢٥٠)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٨٥).

(٢) انظر: تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٨٦)، فتح القدير (٤/ ٩٢)، الفتاوى الهندية (١/ ٣٩٢).

(٣) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٧٧٣)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٣).

(٤) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٧٧٣)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٣)، فتح القدير (٤/ ٩٢).

(٥) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٠٧، المبسوط (٦/ ٢١٨)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٧٣)، المحيط البرهاني (٣/ ٢٥١)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٠٧).

مدة الخيار

وفي جعل الأمر في اليد والتخيير، لها الخيار في المجلس وإن مكثت يوماً في مجلسها؛ لما بينا أن كلاً منهما تمليك، وجواب التمليك في المجلس. وإن أخذت في عمل آخر، فلا خيار لها؛ لتبدل المجلس، أراد به عملاً ينسب إليه المجلس.

وإن قال لها: أمرك بيدك، وهي قائمة فقعدت، أو كانت قاعدة فاتكأت، أو قالت: ادعُ إليَّ أبي أستشيره، أو ادعُ إليَّ شهوداً، فهي على خيارها؛ لأن الإعراض لم يوجد دلالة ولا صريحاً؛ لأن هذه الأفعال دليل الإقبال، فإن من أراد أن يتأمل أو يتروَّى ينتقل من القيام إلى القعود، / [١٣٥/ ب] ومن القعود إلى الاتكاء؛ لأن ذلك أجمع للرأي، ويطلب من يستشيره. وإن كانت على دابة وفي مِحْمَل[(١)] فسارت بطل خيارها؛ لأنه وجد دليل الإعراض، وإن كانت سائرة فوقفت فلها الخيار؛ لأنه لم يوجد دليل الإعراض دلالة. وإن كانت في سفينة فالسفينة كالبيت؛ لأن سيرها مضاف إلى الريح، بخلاف الدابة فإن سيرها مضاف إلى الراكب، فيصير سائراً بسيرها فيتبدل المجلس[(٢)].

ولو قال لها: أمرك بيدك، ينوي ثلاثاً، فقالت: اخترت نفسي بواحدة، فهي ثلاث؛ لأن نية الثلاث صحت في الأمر في البدء؛ لما مرَّ، فصار تمليك ثلاث، فملكت الثلاث. قولها: اخترت نفسي بواحدة، اختيار الثلاث؛ لأن تقديره

---

(١) المِحمَل: بكسر الميم الأولى وفتح الثانية، أو على العكس، هو الذي يُركب عليه، وقيل: المِحْمَل شقان على البعير يحمل فيهما العديلان. المغرب في ترتيب المعرب ص١٢٩، لسان العرب (١١/ ١٧٨)، القاموس المحيط (١/ ٩٨٧).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٠٧، بدائع الصنائع (٣/ ١١٤)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٧٥)، المحيط البرهاني (٣/ ٢٥٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٨٧)، فتح القدير (٤/ ٩٣).

اخترت نفسي اختيارة بِمَرَّة، وإنها لا تكون مختارة نفسها بِمَرَّة إلا بالثلاث؛ لما مر.

ولو قالت: طلقت نفسي بواحدة، واخترت نفسي بتطليقة، فهي واحدة بائنة؛ لأن الزوج ملَّكها البائن، والصريح يصلح جواباً له؛ لأنه يحتمل البينونة، ولهذا تقع البينونة بها قبل الدخول، وبعد الدخول بعد انقضاء العدة، بخلاف قوله: أمرك بيدك في تطليقة، واختاري تطليقة، فقالت: طلقت نفسي، واخترت نفسي بتطليقة، حيث تكون واحدة رجعية؛ لأنه ملكها الرجعي(١).

لو قال لامرأته: أنت واحدة

ولو قال لها: أنت واحدة، ينوي الطلاق، فهي واحدة رجعية عندنا، وعند الشافعي باطل؛ لأنه نوى ما لا يحتمله لفظه؛ لأن الواحدة صفة للمرأة، فلا تحتمل لفظه(٢). ولنا: [أنه](٣) نوى ما يحتمله لفظه؛ لأنه يحتمل أنه جعله نعت مصدر محذوف، وهي الطلقة، فإن حذف المنعوت وإقامة النعت مقامه سائغ في اللغة، فإنه يقال: ضربته وجيعاً، أي ضرباً وجيعاً، وأعطيته جزيلاً، أي عطاء

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٠٨، شرح قاضي خان (٢/ ٧٧٦)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٨٢-٣٨٣).

(٢) الصواب عند الشافعية غير ما ذكره الشارح هنا، وقد سار على ذلك بعض فقهاء الحنفية أيضاً، فذكروا في كتبهم ما ذكره الشارح هنا، فالشافعية يرون أن الرجل إذا قال لزوجته: أنت واحدة، ناوياً بها الطلاق، أنها تقع طلقة واحدة، لكن اختلفوا فيما إذا قال ذلك، ونوى بقوله أكثر من طلقة، هل يقع ما نواه أم لا يقع سوى واحدة ؟. قال الشيرازي في التنبيه: "إذا خاطبها بلفظ من ألفاظ الطلاق، ونوى به طلقتين أو ثلاثاً وقع، إلا قوله: أنت واحدة، فإنه لا يقع به أكثر من طلقة". وقال في المهذب: "وإن قال: أنت واحدة، ونوى طلقتين أو ثلاثاً، ففيه وجهان". انظر: التنبيه في الفقه الشافعي ص١٧٥، المهذب في فقه الإمام الشافعي (٣/ ١٤)، نهاية المطلب (١٤/ ٩٣)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٠/ ١١٠)، روضة الطالبين (٨/ ٧٦)، مغني المحتاج (٤/ ٤٧٩).

(٣) سقط، يقتضيه سياق الكلام، وأثبته من: شرح قاضي خان (٢/ ٧٧٧).

جزيلاً. ولهذا قال بعض أصحابنا: إن رفع الواحدة لم تطلق وإن نوى؛ لأنها تعينت صفة للمرأة، وإن نصبها تطلق وإن لم ينوِ؛ لأنها تعينت صفة للطلقة المحذوفة في الذِّكر، وإن سكَّن تطلق إن نوى عندنا خلافاً للشافعي لما مر. وقال عامة مشايخنا: الخلاف ثابت في الفصول كلها؛ لأن العامة لا تميز بين المرفوع والمنصوب، فلا يترتب الحكم في حقهم على أمر لا يعرفونه[1]، والله أعلم[2].

* * *

(١) وهذا هو الصحيح في المذهب أن الطلاق يقع بقوله: أنت واحدة، سواء رفع أم نصب أم سكَّن. انظر: تبيين الحقائق (٢/ ٢١٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٦١)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٣٠٢).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٠٩، شرح الصدر الشهيد ص٣١٠، بدائع الصنائع (٣/ ١٠٦)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٧٧)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٣٢)، تبيين الحقائق (٢/ ٢١٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٦١)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٣٠٢).

باب المشيئة[1]

الفرق بين التمليك والإنابة

الأصل فيه: أنَّ أَمْر الرجل زوجته بتطليق نفسها تمليك لا إنابة؛ لأنه يتعذر جعله إنابة؛ لأن النائب من يعمل لغيره، والمرأة تعمل لنفسها في تخليصها من قيد النكاح وملكه، فجعل تمليكاً[2]. وأمرها بتطليق ضرتها إنابة؛ لأنه أمكن جعله إنابة؛ لأنها تعمل لغيرها في التخليص، وكذلك / [(١٣٦/ أ] أمره أجنبياً بتطليق زوجته إنابة؛ لما ذكرنا[3].

وإن قرنه بقوله: إن شئت كان تمليكاً عندنا، وعند زفر إنابة؛ لأنه بدون المشيئة إنابة، فكذا معها، كالأمر يتبع عنده لما كان إنابة بدون المشيئة، فكذا مع المشيئة. ولنا: أنه مع المشيئة لا يمكن جعله إنابة؛ لأن المالك هو الذي يتصرف بمشيئة نفسه دون مشيئة غيره، بخلاف البيع فإنه لا يقبل التعليق، وفي هذا التمليك تعليق، بخلاف الطلاق فإنه يقبل التعليق[4].

وكذا قوله لامرأته: أنت طالق إن شئت، تمليكٌ؛ لما بينا أن المالك هو الذي يتصرف بمشيئة نفسه[5].

وكذا إذا قال [لها][6]: إن هَوَيْت، أو أحببت، أو أردت؛ لأن المالك هو الذي يتصرف بإرادة نفسه ومحبته[7].

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٠٩.
(٢) انظر: المبسوط (٦/ ٢٠٤)، المحيط البرهاني (٣/ ٢٦٩)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٦).
(٣) انظر: المحيط البرهاني (٣/ ٢٦٩)، البحر الرائق (٣/ ٣٥٣).
(٤) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٢٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٨٠)، فتح القدير (٤/ ٩٩).
(٥) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٢١)، المحيط البرهاني (٣/ ٢٦٤).
(٦) سقط، وأثبته من: بدائع الصنائع (٣/ ١٢١).
(٧) انظر: المبسوط (٦/ ١٩٧)، بدائع الصنائع (٣/ ١٢١).

وما كان تمليكًا لا يملك الزوج الرجوع عنه؛ لأنه تمليك فيه معنى التعليق، وفي التعليق لا يصح الرجوع، ويكون جوابه على المجلس كما في البيع، وما كان إنابة فللزوج أن يرجع؛ لأن الإنابة لا تقع لازمة؛ لأنها استعانة، وفي إعانة غيره إياه لحوق المِنَّة، وفي المِنَّة ضرر، فله أن لا يتحملها، ولا يكون جوابه على المجلس؛ لأنه مُعِين [ومتبرع][(١)]، قد يقدر على ذلك وقد لا يقدر، فوُسِّع له في ذلك، والمالك له أن يتصرف بقدر ملكه؛ لأن ولاية التصرف ثبتت له بالملك، والثابت له أن يتصرف بقدر ما فوض إليه؛ لأنه يستفيد ولاية التصرف من الإنابة[(٢)].

ومتى نوى بكلامه ما لا يحتمله تلغو نيته، وإن نوى ما يحتمله وإنه لا يخالف الظاهر دُيِّن في القضاء، وإن كان يخالفه لا يُدَيَّن في القضاء خاصة، إلا فيما فيه تشديد على نفسه.

لو قال لامرأته: طلقي نفسك

فإذا عرف هذا نقول: قال: «رجل قال لامرأته: طلقي نفسك ينوي ثلاثًا، وطلقت نفسها ثلاثًا، وَقَعْن»[(٣)]؛ لأن نية الثلاث تصح فيه؛ لأنه أَمْر بالتطليق، والتطليق مصدر يتناول الفرد والكل، فإذا نوى الثلاث فقد نوى الكل، فصار مملكًا الثلاث منها، فملكت، فأوقعت ما ملكت، ولا تصح نية الثنتين؛ لأنه عدد، واللفظ لا يحتمله، وإنما صحت نية الثلاث فيه من حيث أنها كل الطلاق لا من حيث أنها عدد، حتى إنه لو كانت تحته أمة، فقال: طلقي نفسك ينوي ثنتين تصح نيته؛ لأن الثنتين كل طلاقها كالثلاث في حق الحرة.

---

(١) أصافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٢) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٧٧٩)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٦).

(٣) الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٠٩.

وإن كانت حرة وقد طلقها واحدة، فقال لها: طلقي نفسك ينوي ثنتين لا يصح؛ لأن الثنتين ليسا كل طلاقها.

وإن لم يكن للزوج نية في قوله: طلقي نفسك، أو نوى واحدة، فهي واحدة [رجعية](١)؛ لأن مطلقه ينصرف إلى الفرد بدون النية؛ لأنه / [١٣٦/ ب] حقيقة كلامه، وإنه المتيقن، فمع النية أولى(٢).

ولو قال [لها](٣): طلقي نفسك، فقالت: [أبنت](٤) نفسي، فهي واحدة رجعية؛ لأنه [فوض الأمر إليها، فإذا قالت: أبنت، فقد وافقته في أصل التفويض وخالفته في الوصف، فيبطل الوصف وتقع واحدة رجعية؛ لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق حقيقة وحكماً](٥).

ولو قالت: اخترت نفسي، لا يقع شيء؛ لأن الاختيار ليس من ألفاظ الطلاق، وإنما جعل طلاقاً بالسنة، والسنة وردت فيما إذا سبقه التخيير، ولم يوجد هاهنا(٦).

---

(١) سقط، وأثبته من: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٠٩، شرح قاضي خان (٢/ ٧٧٨).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٠٩، شرح قاضي خان (٢/ ٧٧٨)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٩١)، فتح القدير (٤/ ٩٧).

(٣) سقط، وأثبته من: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢١٠، شرح قاضي خان (٢/ ٧٧٨).

(٤) كتبها الناسخ: (طلقت)، وما أثبته هو الصواب، وأثبته من: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢١٠، شرح الصدر الشهيد ص٣١٠، شرح قاضي خان (٢/ ٧٧٨).

(٥) سقط، وأثبته من: شرح قاضي خان (٢/ ٧٧٨)، النافع الكبير شرح الجامع الصغير ص٢١٠.

(٦) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢١٠، بدائع الصنائع (٣/ ١٢٥)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٧٨)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٩٢).

ولو قال لها: طلقي نفسك، لا يملك الرجوع، وجوابه على المجلس؛ لما بينا أنه تمليك فيه معنى التعليق. ولو قال لها: طلقي ضرتك، فله أن يرجع، ولا يكون جوابه على المجلس؛ لما بينا أنه إنابة لا تمليك.

وكذا إذا قال لأجنبي: طلق امرأتي؛ لما بينا.

ولو قال: طلق امرأتي إن شئت، فليس له أن يرجع، وجوابه على المجلس عندنا، خلافاً لزفر، بناء على أنه تمليك عندنا، خلافاً له[1].

لو قال لامرأته: طلقي نفسك ثلاثاً

ولو قال لامرأته: طلقي نفسك ثلاثاً، فطلقت نفسها واحدة، وقعت واحدة بالإجماع.

ولو قال لها: طلقي نفسك واحدة، فطلقت نفسها ثلاثاً، لم يقع شيء عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه تقع واحدة؛ لأنها أتت بما فوض إليها وزيادة، فتلغو الزيادة. ولنا: أنها لم تأت بما فوض إليها؛ لأنه فوض إليها واحدة مقصودة مفردة بالذِّكْر، وقد أتت بواحدة هي بعض الثلاث غير مفردة بالذِّكْر، وإنها غيرها؛ لدخولها في حد الغَيْرَيْن؛ لأن حد الغَيْرَيْن ما يتصور وجود أحدهما عند عدم الآخر، والواحدة المقصودة المفردة بالذِّكر توجد بدون الواحدة التي هي بعض الثلاث، وكذلك هي بدون هذه، بخلاف الفصل الأول حيث تقع ثَمَّ واحدة؛ [لأنه][2] فوض إليها واحدة هي بعض، وقد أتت بواحدة هي مقصودة، وإنها غيرها، فقد صارت مخالفة لكنه خلاف إلى خير؛ لأن الواحدة خير للزوج من الثلاث[3].

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢١٠، شرح قاضي خان (٢/ ٧٧٨-٧٨٠)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٩٣-٣٩٥).

(٢) كتبها الناسخ: (وإن)، وهو تصحيف، وما أثبته يقتضيه السياق.

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢١٠، المبسوط (٦/ ١٩٨)، بدائع الصنائع (٣/ ١٢٤)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٨١)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٩٥).

لو قال لامرأته: طلقي نفسك، فقالت: أبنت نفسي

ولو قال لها: طلقي نفسك، فقالت: أبنت نفسي، فهي واحدة رجعية، وذكر في الأصل قياس قول أبي حنيفة أن لا يقع شيء؛ لأنه فوض إليها واحدة مقصودة، وقد جاءت بواحدة في ضمن البائن(١). قلنا: فوض إليها واحدة رجعية، وقولها: أبنت نفسي طلاقًا بائنًا، فقد خالفت في الوصف دون الأصل، فلغا الوصف وبقي الأصل.

وعلى عكسه إذا قال: طلقي نفسك طلاقًا بائنًا، فقالت: طلقت نفسي [تطليقة رجعية](٢)، فهي واحدة بائنة؛ لأنه ملكها البائن، والصريح يصلح جوابًا عنه؛ لما مر(٣).

لو قال لامرأته: طلقي نفسك ثلاثًا إن شئت

ولو قال لها: طلقي نفسك ثلاثًا إن شئت، فطلقت نفسها واحدة، لم يقع شيء؛ لأنه ملكها تعليق الثلاث؛ بمشيئتها الثلاث، ولم توجد المشيئة. / [١٣٧/ أ] ولو قال: طلقي نفسك واحدة إن شئت، فطلقت ثلاثًا، لا يقع شيء عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه تقع واحدة، بناء على أن مشيئة الثلاث لا تكون مشيئة الواحدة المقصودة عند أبي حنيفة، وعندهما تكون(٤).

لو قال لامرأته: أنت طالق إن شئت

ولو قال لها: أنت طالق إن شئت، لا يملك الرجوع وجوابه على المجلس؛ لما بينا أنه تمليك(٥). ولو قالت: شئت في المجلس، تقع واحدة رجعية؛ لأنه علق الرجعي بمشيئتها لا البائن(٦).

---

(١) انظر: الأصل (٤/ ٥٧٤)، شرح الصدر الشهيد ص٣١١، بدائع الصنائع (٣/ ١٢٥)، المحيط البرهاني (٣/ ٢٦٢)، الجوهرة النيرة (٢/ ٤٦).

(٢) سقط، وأثبته من: شرح قاضي خان (٢/ ٧٨٢).

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢١٠، شرح قاضي خان (٢/ ٧٨٢)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٩٧).

(٤) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢١١، بدائع الصنائع (٣/ ١٢٥)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٨٢)، الجوهرة النيرة (٢/ ٤٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٩٨).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٢١)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٦).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٢١)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٥).

ولو قال: أنت طالق إن شئت، فقالت: شئت إن كان كذا، لأمر وجد في الماضي، وقعت واحدة؛ لأن التعليق بأمر متحقق تنجيز. وإن كان أمراً سيوجد في المستقبل أبطلت المشيئة؛ لأنه تعليق المشيئة، والمعلق بالشيء عدم قبل وجوده، فصارت معرضة عن الجواب. وكذلك إذا قالت: شئت إن شاء أبي؛ لما ذكرنا[١].

ولو قالت: شئتُ إن شئتَ، فقال الزوج مجيباً لها: شئت، لا يقع شيء؛ لأنها لما علقت صارت معرضة عن الجواب فلم تبق لها مشيئة[٢].

ولو قال: شئت طلاقك، فهي واحدة رجعية؛ لأنه إيقاع مُبْتَدَأ[٣].

لو قال لامرأته: أنت طالق متى شئت

ولو قال لها: أنت طالق متى شئت، أو متى ما شئت، فلها أن تشاء في المجلس وغيره؛ لأنه علق طلاقها بمشيئتها في أي وقت تشاء هي؛ لأن (متى) عبارة عن الوقت، وإنه يعم الوقت، إلا أنه ليس لها أن تشاء إلا واحدة؛ لأن (متى) تعم الوقت دون الفعل.

ولو قال لها: أنت طالق إذا شئت، أو إذا ما شئت فكذلك، أما عندهما فظاهر؛ لأن عندهما (إذا) بمعنى (متى)، وأما عند أبي حنيفة فلأن بقوله: إن شئت، دخلت المشيئة في ملكها، فوقع الشك في الخروج؛ لأن (إذا) إذا كان بمعنى (إن) لا تبقى المشيئة[٤]، وإن كان بمعنى (متى) تبقى، فلا تخرج المشيئة عن يدها بالشك[٥].

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢١١، المبسوط (٦/ ٢٠٢)، بدائع الصنائع (٣/ ١٢٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٨٣)، البناية شرح الهداية (٣/ ١٢٢).

(٢) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٧٨٣)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٨).

(٣) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٧٨٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ٣٩٩).

(٤) أي بعد إعراضها عن المجلس.

(٥) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢١١، المبسوط (٦/ ٢٠٠)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٨٤)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٠١).

لو قال لامرأته: أنت طالق كلما شئت، أو حيث شئت

ولو قال لها: أنت طالق كلما شئت، فلها أن تشاء مرة بعد أخرى في المجلس وغيره حتى تطلق ثلاثاً، فإذا عادت إليه بعد زوج [آخر][(١)] وشاءت لا تطلق؛ لأن (كلما) تعم الفعل قصداً والزمان تبعاً، وليس لها أن تشاء الثلاث جملة؛ لأنه علق الواحدة بكل مشيئة إلى الثلاث، فتتكرر الواحدة بتكرر المشيئة[(٢)].

ولو قال لها: أنت طالق حيث شئت، أو أين شئت، فلها المشيئة في المجلس، فإن قامت بطلت؛ لأن (حيث) عبارة عن المكان وكذا (أين)، والطلاق لا اتصال له بالمكان، ولا يختلف باختلاف الأمكنة، فلغا ذكره، فبقي قوله: أنت طالق إن شئت، بخلاف قوله: متى شئت؛ لأن (متى) عبارة عن الوقت، وللطلاق اتصال به[(٣)].

لو قال لامرأته: أنت طالق كيف شئت

ولو قال لها: أنت طالق كيف شئت، فهي واحدة رجعية، كما تلفظ به عند أبي حنيفة، / [١٣٧/ ب] وعند صاحبيه لا يقع حتى تشاء؛ لأنه علق الطلاق بمشيئتها على أي وصف تشاء، فما لم تشأ لا يقع. ولنا: أن (كيف) عبارة عن الوصف، والمشيئة دخلت في الوصف دون الأصل، فبقي الأصل فوقع في الحال، فإن قالت: شئت واحدة بائنة أو رجعية، ونوى الزوج ذلك، فهو كما قالت[(٤)].

---

(١) سقط، وأثبته من: شرح قاضي خان (٢/ ٧٨٥).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢١٢، بدائع الصنائع (٣/ ١٢١)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٨٤)، المحيط البرهاني (٣/ ٢٥٢)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٠٣).

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢١٣، بدائع الصنائع (٣/ ١٢١)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٨٥)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٢٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٠٣).

(٤) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢١٣، المبسوط (٦/ ٢٠٦)، بدائع الصنائع (٣/ ١٢١)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٨٥)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٣٠)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٠٤).

لو قال لامرأته: أنت طالق كم شئت

ولو قال لها: أنت طالق كم شئت، فلها أن تشاء في المجلس واحدة أو ثلاثة؛ لأن (كم) عبارة عن العدد، فأي عدد نوت يقع[١].

لو قال لامرأته: طلقي نفسك من ثلاث ما شئت

ولو قال لها: طلقي نفسك من ثلاث ما شئت، فلها أن تطلق نفسها واحدة أو اثنتين، وليس لها أن تطلق ثلاثاً عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه لها ذلك؛ لأن (ما) للتعميم، و (مِن) لبيان الجنس، فقد ملكها الثلاث من جنس الطلاق، فلها أن تطلق ثلاثاً. ولنا: أن (ما) للتعميم، و (مِن) للتبعيض حقيقة، فيُعْمَل بهما، فمن حيث أن (ما) للتعميم فلها أن تطلق اثنتين، ومن حيث أن (مِن) للتبعيض ليس لها أن تطلق ثلاثاً عملاً بحقيقتيهما[٢]، والله أعلم بالصواب.

* * *

(١) ومثل قوله: كم شئت، ما شئت، ويقتصر جوابها على المجلس، فإن قامت من مجلسها، أو ردت الأمر، كان رداً وبطل خيارها. انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢١٣، بدائع الصنائع (٣/ ١٢١)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٨٦)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٣٠)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٠٧).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢١٤، بدائع الصنائع (٣/ ١٢٥)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٨٦)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٣١)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٠٨).

باب الخلع[1]

الخلع طلاق بائن

الأصل فيه وفيما يجانسه من المسائل: أن الخلع عندنا طلاق بائن[2]، وعند الشافعي فسخ؛ لأنه ينبئ عن الفصل برد سبب الوصل، وإنه فسخ[3]. ولنا: أن الفسخ إنما يصح في محل يقبله، والنكاح لا يقبله؛ لأن الثابت بالنكاح ملك ضروري؛ لأنه يثبت مع المنافي [والثابت مع المنافي][4] ضروري، فلا يظهر في غير محل الضرورة، ولا ضرورة في الفسخ، فلا يظهر الملك في حقه[5].

الخلع لا يكون إلا بعوض

ومطلق الخلع ينصرف إلى الطلاق بعوض، حتى إنه لو أمر رجلاً أن يخلع امرأته [فخلعها][6] بغير عوض لم يصح؛ لأن مطلقه ينصرف إلى الطلاق بعوض[7].

ولو خلع امرأته على ألف، فقبلت، ثم قال: لم أرد به الطلاق، لم يصدق؛ لأن مطلقه ينصرف إلى الطلاق بعوض[8].

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢١٤.

(٢) انظر: المبسوط (٦/ ١٧١)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٨٨)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٦٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٠٨).

(٣) إذا خالع الرجل زوجته بلفظ الخلع، هل يعتبر الخلع فسخاً أم طلاقاً ؟ قولان للشافعية، أحدهما: وهو القديم أنه يعتبر فسخاً. والثاني: أن يعتبر طلاقاً، وهو المنصوص عليه في الجديد، قال الجويني في نهاية المطلب: وهو الصحيح، وبه الفتوى. يقصد الجديد. انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ٩)، نهاية المطلب (١٣/ ٢٩٢)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٠/ ١٥)، مغني المحتاج (٤/ ٤٣٩).

(٤) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٥) انظر: المبسوط (٦/ ١٧١)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٦٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٠٨).

(٦) كتبها الناسخ: (فجعلها)، وهو تصحيف، وما أثبته من: بدائع الصنائع (٣/ ١٤٤)، حاشية الشلبي (٢/ ٢٦٧).

(٧) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٤٤)، حاشية الشلبي (٢/ ٢٦٧).

(٨) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٤٤).

الخلع يفتقر إلى القبول

والخلع يفتقر إلى القبول؛ لأنه تعليق الطلاق بقبولها لمال[١]. وإن علقه بقبول غيرها، فقبل على أنه ضامن للبدل، جاز، ولزمه المال، ويقع الطلاق؛ لأن اشتراط بدل الخلع على غيرها جائز؛ لأنه مثلها في هذا الحكم؛ لأنها كما لا يُسَلَّم لها في مقابلته شيء، فكذا لا يُسَلَّم لغيرها؛ لأن البدل يقابل ملك النكاح سقوطاً، وإنه غير متقوم سقوطاً، بخلاف العتق على مال حيث لا يصح اشتراطه على غيره؛ لأنه يقابل نفس العبد، ونفس العبد تُسَلَّم للعبد في مقابلته، ولا تُسَلَّم لغيره، فافترقا من هذا الوجه[٢].

فإذا ثبت أن الخلع تعليق الطلاق بقبول المال اعتبر يميناً في حقه؛ لأن التعليق / [١٣٨/أ] يمين حتى لا يصح رجوعه عنه، ولا يبطل بقيامه من المجلس، ولا يتوقف على حضورها بل يصح حال غيبتها.

تعليق الخلع

ويصح تعليقه بالشرط، نحو إن قال: إن قدم فلان فقد خالعتك على ألف درهم، حتى إن لها خيار القبول بعد القدوم في مجلس علمها.

ويصح إضافته إلى الوقت، نحو إن قال: خالعتك غداً على ألف درهم، حتى يكون لها أن تقبل في الغد في مجلس علمها. ويعتبر قبول الخلع في حقها بالقبول في البيع، حتى إنها لو قالت: اختلعت نفسي من زوجي على ألف درهم، يصح رجوعها قبل قبوله، ويبطل بقيامها عن المجلس، وقيامه لا يتوقف على حضوره، ولا يجوز حال غيبته، ولا يصح التعليق منها بشرط ولا إضافة إلى وقت، كالقبول في البيع[٣].

---

(١) انظر: المبسوط (٦/ ١٧٣).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٤٦)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٧٣)، فتح القدير (٤/ ٢٣٨)، البحر الرائق (٤/ ١٠٠).

(٣) انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ٢٠٠)، بدائع الصنائع (٣/ ١٤٥)، الاختيار لتعليل المختار=

ضابط البدل في الخلع

وما صلح مهراً صلح بدلاً في الخلع وما لا فلا(١)؛ لأن المهر يقابل ملك النكاح ثبوتـاً، وبدل الخلع يقابل ملك النكاح سقوطـاً، فاستويا من هذا الوجه، لكن في النكاح إذا فسدت التسمية من كل وجه يجب مهر المثل، وفي الخلع إذا فسدت التسمية يقع الطلاق مجانـاً؛ لأن النكاح لم يشرع بدون مال، وملك منافع البضع تتقوم حالة الثبوت، فإذا فسدت التسمية يصار إلى مهر المثل؛ لأنه البدل الأصلي، وهو العدل؛ لأن منافع البضع تتقوم حالة الثبوت، والطلاق شرع بغير عوض، وملك النكاح لا يتقوم حالة السقوط، وبدل الخلع يقابل ملك النكاح سقوطـاً، وإنما صرنا إلى البدل عند صحة التسمية، فإذا فسدت بقي الأصل فلا يجب به شيء(٢).

وما يخير الزوج فيه بين إعطاء التسمية والوسط، كحيوان إذا وجب في الذمة مهراً، فكذا في الخلع؛ لأن معرفة الوسط بالتقويم، فتنزلت التسمية منزلته.

ولو خلع على ما في كذا من مال، نحو إن قال: على ما في بطون غنمها من أولاد، أو ما في بيتها من متاع، فإن كان ثَمَّ شيء فله ذلك، وإن لم يكن ردت ما استحقت من المهر؛ لأنها غَرَّتْه بالمال، ولا يصار إلى قيمة منافع البضع؛ لأنها لا تتقوم سقوطـاً، بخلاف ما إذا لم يقل: من مال حيث يقع الطلاق بغير شيء إن لم يكن شيء لأنها لم تغره بمال؛ لأن ما فيه قد يكون مالاً وقد لا يكون(٣).

= (٣/ ١٥٧)، الجوهرة النيرة (٢/ ٥٩).

(١) هذه قاعدة فقهية ذكرها بعض فقهاء الحنفية. انظر: الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٥٧)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٦٩)، درر الحكام (١/ ٣٨٩)، البحر الرائق (٤/ ٨٣)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٤٤١).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٤٧)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٦٩)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٤٤١).

(٣) انظر: المبسوط (٦/ ١٨٦-١٨٨)، بدائع الصنائع (٣/ ١٤٨)، المحيط البرهاني (٣/ ٣٤٤)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٤٤٧).

وإن ذكرت مالاً سيوجد في المستقبل، نحو إن قالت: ما أرثه العام، أو اكتسبه، ردت ما استحقت من المهر وجد ذلك أم لا؛ لأنها أسمت مالاً وإن كان معدوماً لكنه على خطر الوجود، فاعتبر ذكره في التغرير، فترد ما استحقت(١).

ولو قالت: ما في يدي من دراهم أو دنانير، فإن كان في يدها شيء / [١٣٨/ ب] فله ذلك، وإن لم يكن فله ثلاثة من الدراهم والدنانير وزناً؛ لأنه جمع، وأدنى الجمع ثلاثة(٢).

الطلاق على مال كالخلع

والطلاق على مال كالخلع في أحكامه، إلا أن البدل إذا بطل في الخلع يقع الطلاق بائناً؛ لأنه كناية، والكناية بائن، وفي الطلاق يبقى رجعياً؛ لأنه صريح الطلاق، وإنه رجعي، وإنما يصير بائناً باعتبار البدل، فإذا لم يصح البدل يبقى رجعياً(٣).

رجل خلع امرأته على خمر أو خنزير

فإذا عرف هذا نقول: قال: رجل خلع امرأته على خمر، أو خنزير، أو ميتة، أو دم، وقع طلاق بائن؛ لأنه معلق بقبولها وقد قبلت، ولا يجب عليها شيء، ولا يبطل من مهرها شيء، ولها الكل بعد الدخول، والنصف قبله؛ لأن التسمية فسدت؛ لأنه سمى ما لا يصلح بدلاً(٤)، وقد ذكرنا أن التسمية في الخلع إذا فسدت يقع الطلاق مجاناً، بخلاف النكاح؛ لما ذكرنا من الفرق، وبخلاف ما إذا كاتب عبده على خمر أو خنزير، فسدت الكتابة، وإن أدى المسمى يعتق؛ لأن عتقه معلق به، ويجب عليه قيمته؛ لأن البدل مقابل نفسه، ونفسه مال متقوم،

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٤٨)، المحيط البرهاني (٣/ ٣٤٤)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٤٤٧).

(٢) انظر: المبسوط (٦/ ١٨٧)، بدائع الصنائع (٣/ ١٤٨)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٧٠).

(٣) انظر: الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٥٧)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٦٩)، الفتاوى الهندية (١/ ٤٩٩).

(٤) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢١٤.

وإنما يصار إلى المسمى إذا صحت التسمية، فإذا فسدت يصار إلى قيمته، كما في النكاح يصار إلى مهر المثل، وعلى هذا إذا أعتق على خمر أو خنزير فقبل[١].

لو خلع ابنته الصغيرة على مالها

رجل خلع ابنته الصغيرة على مالها، وهو ألف مثلاً، إن قبلت هي، وهي تعقل، وقع الطلاق بالاتفاق؛ لأنه معلق بقبولها، ولا يلزمها شيء، ولا يسقط من مهرها أيضـاً؛ لأن عقلها ألحق بالعدم في حق التصرفات الضارة، والدائرة بين الضرر والنفع.

وإن قبل الأب ولم يضمن البدل لم يجز، وفي وقوع الطلاق روايتان، والأصح أنه يقع ولا يلزمه شيء؛ لأنه لم يضمن، ولا يلزمها أيضـاً، ولا يسقط من مهرها شيء؛ لأن الولاية الثابتة للأب ولاية [بشرط النظر،ولا][٢] نظر في هذا؛ لأنه قابل مالها المتقوم بما ليس بمتقوم، وهو ملك النكاح سقوطـاً، فإن قيل: على أنه ضامن للألف فالخلع جائز والطلاق واقع، ولا يتوقف على قبولها، ولزمه الألف؛ لما بينا أن اشتراط بدل الخلع على الأجنبي جائز فعلى الأب أولى[٣].

وإن خلعها على مهرها، تَوَقَّف على قبولها إن كانت من أهله، فإن قبلت وقع الطلاق بالاتفاق؛ لأنه معلق به، ولا يلزمها شيء؛ لأن عقلها ألحق بالعدم؛ لما بينا.

وإن قبل الأب ولم يضمن، ففي وقوع الطلاق روايتان، ولا يلزمه شيء؛ لما مر. وإن قبل على أنه ضامن المهر وهو ألف، فالخلع جائز، وعليه الألف إن كان

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢١٤، شرح قاضي خان (٢/ ٧٩٣)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٦٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥١٥).

(٢) سقط، وأثبته من: شرح قاضي خان (٢/ ٧٩٣).

(٣) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٧٩٣)، المحيط البرهاني (٣/ ٣٥١)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٧٣).

بعد الدخول، وكذا قبل الدخول في القياس؛ لأنه التزم الألف، وفي الاستحسان نصف الألف، وأصل هذا: / [١٣٩/ أ] رجل تزوج امرأة كبيرة على ألف درهم، ثم اختلعت نفسها على ألف قبل الدخول بها، فعليها خمسمائة زائدة في القياس؛ لأن بدل الخلع ألف، وفي الاستحسان لا تجب الزيادة؛ لأن في العادة يراد به ما يجب من المهر، فكذا في حق الأب، ولا يلزمها شيء، ولا يسقط من مهرها، بل لها كل المهر بعد الدخول، ونصفه قبل الدخول(١).

وإن كان مهرها عيناً، فعلى الأب نصف قيمته قبل الدخول، وكل قيمته بعد الدخول، ولها كله بعد الدخول، ونصفه قبل الدخول(٢).

لو قال لامرأته: أنت طالق على ألف

رجل قال لامرأته: أنت طالق على ألف، فقبلت، طلقت [طلقة واحدة](٣) بائنة، وعليها الألف؛ لما بينا أن الطلاق على مال كالخلع في أحكامه(٤).

ولو قال لها: أنت طالق وعليك ألف، أو قال لعبده: أنت حر وعليك ألف، فعند أبي حنيفة تطلق ويعتق ولا شيء عليهما قَبِلا أو لم يَقْبَلا، وقال صاحباه: إن قَبِلا يعتق وتطلق وعلى كل واحد منهما ألف، وإن لم يقبلا فلا شيء عليهما؛ لأن هذا يستعمل في المعاوضة للعوض، ولهذا إذا قال لآخر: احمل هذا المتاع إلى بيتي على درهم، يلزمه كما إذا قال بدرهم، وهذا معاوضة في حقها؛ لأن الواو تصلح للحال، فتكون للعوض في المعاوضة؛ لما ذكرنا في الإجارة،

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢١٥، شرح قاضي خان (٢/ ٧٩٥)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٧٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٢٩).
(٢) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٧٩٥).
(٣) سقط، وأثبته من: البناية شرح الهداية (٥/ ٥٢٣).
(٤) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٥٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٩٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٢٣).

وشرطاً في اليمين، فإنه إذا قال لامرأته: إن دخلت الدار وأنت راكبة فأنت طالق، يصير الركوب شرطاً مع الدخول. ولأبي حنيفة: أن هذا تنجيز الطلاق والعتاق، وقوله: وعليك ألف، جملة تامة لا تعلق لها بما قبلها، فلا تكون شرطاً إلا إذا دلت الحالة عليه، وفي الإجارة دلت الحالة عليه؛ لأنها ما شرعت إلا بعوض، بخلاف الطلاق فإنه قد يكون بعوض وقد يكون بغير عوض.

قوله: الواو للحال، ممنوع فإنه ما وضع له[1].

لو اختلعت نفسها من زوجها على أكثر من مهرها

امرأة اختلعت نفسها من زوجها على أكثر من مهرها، والنُّشُوز[2] من قبلها، طاب له الفضل؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾[3]، من غير فصل بينهما إذا كان النشوز من قبلها أو قبله، وذكر في الأصل: أنه يكره الفضل[4]؛ لما روي أن امرأة[5]...

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢١٥، المبسوط (٦/ ١٨٠)، بدائع الصنائع (٣/ ١٥٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٩٦)، المحيط البرهاني (٣/ ٣٢٦)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٧١)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٢٣).

(٢) سورة البقرة الآية رقم: ٢٢٩.

(٣) النُّشُوز: من النَّشَز بفتح النون والشين، وهو المكان المرتفع، والجمع نُشُوز وأنْشاز، ومنه رأى قبوراً ناشِزَة أي مرتفعة من الأرض. ومنه نَشَزَت المرأة على زوجها فهي ناشِزَة إذا استعصت عليه وأبغضته. والنُّشُوز يكون من الزوجين، وهو كراهة كل واحد منهما صاحبه. انظر: المغرب في ترتيب المعرب ص٤٦٤، المصباح المنير (٢/ ٦٠٥)، البحر الرائق (٤/ ٨٢).

(٤) انظر: الأصل (٤/ ٥٥٨)، شرح الصدر الشهيد ص٣١٦، شرح قاضي خان (٢/ ٧٩٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥١١).

(٥) اختلف في اسمها، فقيل: هي جميلة بنت أُبَيّ بن سلول، وقيل: هي حبيبة بنت سهل الأنصاري، وقيل: هي مريم المَغَالِيَّة الأنصارية، وقيل: هي جميلة بنت سلول، وسلول هي أمها، واختلف في سلول هل هي أم أُبَي أم زوجته؟، وقيل: هي جميلة بنت عبد الله بن أبي، وقيل: غير ذلك. انظر: كشف المشكل من حديث الصحيحين (٢/ ٤٢٨)، فتح الباري لابن حجر (١/ ٣٢٤)، عمدة القاري (٢٠/ ٢٦٣)، شرح الزرقاني على الموطأ (٣/ ٢٨٠).

ثابت بن قيس[١] أتت النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقالت: «لا أنا ولا ثابت، فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: هل تردين حديقته إليه ؟ فقالت: نعم وزيادة. فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أما الزيادة فلا، وقال لثابت: خذ ما سقت إليها من المهر ولا تَزْدَد»[٢]. نهي عن الزيادة، وأدنى درجات النهي الكراهة.

وإن كان النشور من قبله يكره له الفضل، ولا يكره أن يأخذ ما ساق إليها من المهر[٣]؛ لما تلونا من الآية، وذكر في الأصل: أنه يكره وجاز في الحكم[٤]؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ .. الآيـة﴾[٥][٦]. / [١٣٩/ ب]

---

(١) هو الصحابي الجليل أبو محمد، وقيل: أبو عبد الرحمن، ثابت بن قيس بن شَمَّاس الأنصاري الخزرجي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وأرضاه -، شهد أحداً وما بعدها، كان خطيب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، بشره الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالجنة، استشهد يوم اليمامة في خلافة أبي بكر الصديق - رضي الله عن الصحابة أجمعين -. انظر: أسد الغابة (١/ ٢٧٥)، سير أعلام النبلاء (١/ ٣٠٨)، الإصابة في تمييز الصحابة (١/ ٥١١).

(٢) أخرجه البخاري بنحوه عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق منه، (٧/ ٤٧). وأما لفظ: "نعم وزيادة"، فأخرجه الدارقطني في سننه مرسلاً، كتاب النكاح، باب المهر، والبيهقي في الكبرى مرسلاً، كتاب الخلع والطلاق، باب الوجه الذي تحل به الفدية، (٧/ ٥١٤).

(٣) والصحيح أن النشوز إذا كان من قِبَلِه فالكل مكروه. انظر: شرح قاض خان (٢/ ٧٩٨)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٥٧).

(٤) انظر: الأصل (٤/ ٥٥٨)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٩٦)، النافع الكبير شرح الجامع الصغير ص٢١٦.

(٥) سورة النساء الآية رقم: ٢٠.

(٦) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢١٦، المبسوط (٦/ ١٨٣)، بدائع الصنائع (٣/ ١٥٠)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٩٧)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٦٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥١٠).

ولو قالت: اخلعني على ما في يدي من الدراهم، ولم يكن في يدها شيء، فله ثلاثة دراهم؛ لأنه جمع، وأدنى الجمع ثلاثة[١].

لو قال: خلعتك أمس على ألف فلم تقبلي

ولو قال لها: خلعتك أمس على ألف فلم تقبلي، فقالت: قبلت، فالقول [قول][٢] الزوج.

ولو قال لرجل: بعت منك هذا العبد أمس بألف فلم تقبل، فقال: قبلت، فالقول قول المشتري؛ لما بينا أن الخلع في جانبه تعليق، وإنه يتم بدون القبول، فلا يكون مقراً بالقبول بقوله: خلعتك أمس حتى يكون قوله: لم تقبلي رجوعاً عن بعض ما أقر به، بخلاف البيع فإنه لا يتم إلا بالقبول؛ لأن ركنه إيجاب وقبول، فكان بقوله: بعت مقراً بالقبول، وبقوله: لم تقبل رجوعاً عن بعض ما أقر به، فلا يقبل منه[٣].

رجل خلع امرأته على أنه بالخيار ثلاثة أيام

رجل خلع امرأته بألف على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فهو باطل؛ لما بينا أن الخلع في جانبه تعليق، فلا يكون شرط الخيار ملائماً له، فلا يصح.

ولو قال لها: خلعتك على ألف درهم على أنك بالخيار ثلاثة أيام، جاز عند أبي حنيفة؛ لما بينا أنه في جانبها مثل البيع؛ لأنه قبول مال بعوض، فيكون شرط الخيار ملائماً له، وعند صاحبيه لا يجوز؛ لأن قبولها شرط اليمين فلا يصح فيه شرط الخيار. وجوابه ما قلنا: أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع، فكان شرط الخيار ملائماً، والبيع يصلح أن يكون شرطاً لليمين[٤].

---

(١) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٧٩٩)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٧٠)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٢٠).

(٢) سقط، وأثبته من: شرح قاضي خان (٢/ ٧٩٩).

(٣) انظر: الجامع الصغير ص٢١٦، بدائع الصنائع (٣/ ١٥٠)، شرح قاضي خان (٢/ ٧٩٩)، البناية (٥/ ٥٢٥).

(٤) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢١٦، بدائع الصنائع (٣/ ١٤٥)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٠١)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٧١)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٢٤).

امرأة قالت لزوجها: طلقني ثلاثـًا بألف، فطلقها واحدة، فهي واحدة بائنة بثلث الألف؛ لأن الباء تصحب الأعواض، والعوض ينقسم على أجزاء الـمُعَوَّض[1].

لو قالت لزوجها: طلقني ثلاثًا على ألف

ولو قالت له: طلقني ثلاثـًا على ألف، فطلقها واحدة، وقعت واحدة رجعية بغير شيء عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه واحدة بائنة بثلث الألف؛ لأن عندهما هذا بمنزلة الباء، فتقع واحدة بثلث الألف، كما في الفصل الأول.

ولنا: أن هذا شرط؛ لأن (على) لِلُّزوم، والشرط يلازم الجزاء، فاستعير له، فصار شرطـًا، يؤيده قوله تعالى: ﴿حَقِيقٌ عَلَىٰٓ أَن لَّآ أَقُولَ عَلَى ٱللَّهِ إِلَّا ٱلْحَقَّ﴾[2]، أي بعث على هذا الشرط، والشرط لا ينقسم على أجزاء الجزاء، بل يتوقف

---

(١) هذه قاعدة أصولية ذكر الشارح الشق الأول منها هنا، وأما الشق الآخر فذكره خلال شرحه للمسألة، ونص القاعدة عند الشارح: العوض ينقسم على أجزاء الـمُعوَّض، والشرط لا ينقسم على أجزاء الجزاء، بل وجود الجزاء على وجود كله. وهذه القاعدة ذكرها الحنفية في كتب الأصول والفقه عندهم، فقد ذكرها السرخسي في شرح السير الكبير بقوله: الجزاء إنما يثبت باعتبار الشرط جملة ولا يتوزع على أجزائه،...، والعوض ينقسم على الـمُعَوَّض باعتبار الأجزاء. وذكرها أيضـًا صاحب الاختيار بقوله: ينقسم العوض على الـمُعَوَّض،...، والمشروط لا ينقسم على أجزاء الشرط. كما أوردها صاحب كشف الأسرار فقال: أجزاء العوض تتوزع على أجزاء المعوض بالاتفاق، وأجزاء الشرط لا تتوزع على أجزاء المشروط بالاتفاق. وأوردها صاحب شرح التلويح على التوضيح فقال: أجزاء الشرط لا تنقسم على أجزاء المشروط، وأجزاء العوض تنقسم على أجزاء الـمُعَوَّض. وذكرها غيرهم. انظر: شرح السير الكبير (١/ ٥٨٤)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٥٩)، كشف الأسرار (٢/ ١٧٣)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٧١)، العناية شرح الهداية (٤/ ٢٢٦)، شرح التلويح على التوضيح (١/ ٢٢٠)، التقرير والتحبير (٢/ ٦٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٢١)، ترتيب اللآلي في سلك الأمالي (١/ ٢٣٧).

(٢) سورة الأعراف الآية رقم: ١٠٥.

وجود الجزاء على وجود كله[(١)(٢)].

وذكر في السير الكبير[(٣)] ما يؤيد هذا، [فقال][(٤)]: إذا أَمَّن الإمام قوماً من أهل الحرب ثلاث سنين بألف درهم، ثم بدا له أن ينبذ إليهم بعد سنة، فنبذ يرد ثلثي الألف، ولو أَمَّنهم ثلاث سنين على ألف درهم، ثم بدا له بعد سنة أن ينبذ رد كل الألف؛ لما ذكرنا[(٥)].

لو اختلعت من زوجها على عبد آبق

امرأة اختلعت نفسها من زوجها على عبد آبق على أنها بَرِيَّة من ضمانه، جاز الخلع، ويلزمها تسليم العبد أو قيمته؛ لأن هذا شرط فاسد؛ لما بينا أن الخلع في جانبها معاوضة، والمعاوضة توجب استحقاق البدل على وصف السلامة، فكان هذا الشرط فاسداً، لكن / [١٤٠/أ] الخلع لا يفسد به؛ لأنه لا تفسده الشروط الفاسدة[(٦)(٧)].

---

(١) الشرط لا ينقسم على أجزاء الجزاء، بل وجود الجزاء على وجود كله. هذه القاعدة هي شق من القاعدة الأصولية: العوض ينقسم على أجزاء المُعوَّض، والشرط لا ينقسم على أجزاء الجزاء، بل وجود الجزاء على وجود كله. انظر: الحاشية رقم: ٣ في الصفحة السابقة.

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢١٧، المبسوط (٦/ ١٧٣)، بدائع الصنائع (٣/ ١٥٣)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٧٠)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٢١).

(٣) السير الكبير: هو أحد مصنفات الإمام محمد بن الحسن الشيباني، وهو أحد كتب ظاهر الرواية، وعليه عدة شروح، منها: شرح السرخسي صاحب المبسوط، وهو مطبوع مع شرحه. انظر: كشف الظنون (١/ ٨١)، (٢/ ١٠١٤).

(٤) كتبها الناسخ: (وقال)، وما أثبته يقتضيه السياق.

(٥) انظر: شرح السير الكبير (١/ ٥٢١)، المبسوط (٦/ ١٧٤).

(٦) هذه قاعدة فقهية ذكرها فقهاء الحنفية في باب الخلع، وهي أن الخلع لا تفسده الشروط الفاسدة، وبلفظ آخر: الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة. انظر: الهداية (٢/ ٢٦٢)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٧٠)، التقرير والتحبير (٢/ ١٩٩)، درر الحكام (١/ ٣٩١)، البحر الرائق (٤/ ٨٧)، مجمع الأنهر (١/ ٧٦١)، النافع الكبير شرح الجامع الصغير ص٢١٨.

(٧) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢١٨، شرح الصدر الشهيد ص٣١٨، شرح=

باب الإيلاء[١]

الأصل فيه: أن الإيلاء في الوضع العربي عبارة عن اليمين[٢]، قال الشاعر:

قليل الألايا[٣] حافظٌ ليمينه وإن حلف الأيمان بالله بَرَّت[٤]

تعريف الإيلاء

وفي العرف الفقهي: عبارة عن اليمين المانعة عن جماع المنكوحة في فرجها[٥].

وشرطه أن يكون بحال لا يمكنه جماعها في مدته إلا بحنث يلزمه[٦].

شرط الإيلاء ومدته

ومدته أربعة أشهر في حق الحُرَّة، وشهران في حق الأمة[٧]، وعند الشافعي أربعة أشهر فيهما[٨]، وهذا الخلاف بناء على الخلاف في أن المدة ضربت لماذا؟

= قاضي خان (٢/ ٨٠٧)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٧٠)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٢٠)، البحر الرائق (٤/ ٨٧).

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢١٩.

(٢) الإيلاء في اللغة: الحلف واليمين. انظر: طلبة الطلبة ص٦١، المصباح المنير (١/ ٢٠).

(٣) الألايا: جمع ومفردها الألِيَّة، وهي اليمين. انظر: طلبة الطلبة ص٦١، لسان العرب (١٤/ ٤٠).

(٤) هذا البيت للشاعر كُثَيِّر عزة، لكني لم أجده كما ذكره الشارح هنا، ووجدته كالآتي:
قليل الألايا حافظٌ ليمينه... فإن سبقت منه الألِيَّة بَرَّت، وفي رواية: (وإن بدرت). انظر: ديوان كُثَيِّر عزة ص٣٢٥.

(٥) هكذا جاء في المبسوط، وفي بدائع الصنائع الإيلاء شرعاً: عبارة عن اليمين على ترك الجماع بشرائط مخصوصة. وقيل: الإيلاء شرعاً حلف بمنع وطء الزوجة أربعة أشهر إن كانت حرة وشهرين إن كانت أمَة. انظر: المبسوط (٧/ ١٩)، بدائع الصنائع (٣/ ١٦١)، كشاف اصطلاحات الفنون (١/ ٢٩٥).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٦١).

(٧) انظر: المبسوط (٧/ ٣٢)، تحفة الفقهاء (٢/ ٢٠٤).

(٨) انظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٠/ ٣٠١).

فعنده ضربت لإظهار الظلم، وهما في ذلك سواء. وعندنا ضربت لتأخير الحكم إلى انقضائها، فأشبهت العدة، والعدة تتنصف بالرق، فكذا هذه[١].

وسواء كانت اليمين بالله أو باسم من أسمائه، أو بغير الله[٢].

صيغة الإيلاء وحكمه

فإن كانت بالله: إن كانت مطلقة، نحو قوله لامرأته: والله لا أقربك، فمتى قربها فقد فاء إليها وحنث ولزمته كفارة اليمين، وهي التي نص الله عليها في كتابه: ﴿فَكَفَّـٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَـٰكِينَ ... الآية﴾[٣]، وبطلت اليمين والإيلاء، حتى إنه لو قربها بعد ذلك لا تلزمه الكفارة. وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت بواحدة عندنا[٤]، وعند الشافعي لا تبين، ولكن يقال له: إما أن تفيء إليها، أو تطلقها؛ لأن اليمين ليست بطلاق لا حقيقة ولا مجازاً، أما حقيقة فظاهر؛ لأنها لم توضع له، وأما مجازاً؛ فلأن من شرطه أن يكون بينهما مشابهة، ولا مشابهة، فإن اليمين أثرها في المنع، والطلاق أثره في الرفع[٥]. ولنا: أن بينهما مشابهة؛ لأن أثر اليمين في التحريم؛ لأن المنع بمعنى التحريم، وأثر الطلاق في التحريم أيضاً، فكانت بينهما مشابهة من هذا الوجه[٦].

---

(١) انظر: المبسوط (٧/ ٣٣)، بدائع الصنائع (٣/ ١٧٢).
(٢) انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ٢٠٤)، المحيط البرهاني (٣/ ٤٣٩).
(٣) سورة المائدة الآية رقم: ٨٩.
(٤) انظر: المحيط البرهاني (٣/ ٤٣٩)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٦٢).
(٥) انظر: الأم (٥/ ٢٨٧)، الحاوي الكبير (١٠/ ٣٤٠)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٠/ ٣٠٩)، مغني المحتاج (٥/ ٢٥).
(٦) انظر: المبسوط (٧/ ٢٠)، بدائع الصنائع (٣/ ١٧٧)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٦٢).

وعن [ابن](١) عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: «أن الإيلاء كان طلاقاً في الجاهلية، ورد حكم الشرع بتأخير حكمه إلى انقضاء المدة»(٢). لكن إذا نوى به الطلاق لا يقع؛ لأنه نوى تبديل حكم الشرع، فلغت نيته.

فإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر أخرى وهي في العدة لم تقع أخرى؛ لأن الإيلاء إنما يصير طلاقاً باعتبار مضارتها بمنع حقها في الجماع، ولا حق بعد البينونة، فلا تتحقق المضارة، فإن تزوجها ولم يقربها حتى مضت أربعة أشهر أخرى من وقت التزوج طلقت ثانية؛ لأن المضارة تحققت واليمين باقية، فإن تزوجها ثم مضت أربعة أشهر أخرى قبل أن يقربها طلقت ثالثة، فإن عادت إليه بعد زوج [آخر](٣) ولم يقربها حتى مضت أربعة أشهر أخرى لم تطلق عندنا، خلافاً لزفر، بناء على أن الملك / [١٤٠/ ب] القائم والحل القائم تعين محلاً للجزاء عندنا، فتبقى اليمين ببقائه وتبطل ببطلانه، وعنده لا يتعين على ما حققناه في مسألة التنجيز(٤). وإن قربها بعد ذلك لزمته الكفارة؛ لأن اليمين قائمة في حق الكفارة(٥).

وإن كانت مؤقتة، نحو قوله: والله لا أقربك أربعة أشهر، فإن قربها في الوقت فقد فاء إليها ولزمته الكفارة وبطلت اليمين والإيلاء، وإن لم يقربها حتى مضت أربعة

---

(١) سقط.

(٢) لم أقف على هذا الأثر. وأخرج عبد الرزاق في مصنفه عن أبي قلابة أنه قال: "كان طلاقهم في الجاهلية الظهار، والإيلاء، فجعل الله في الظهار ما سمعتم، وجعل في الإيلاء ما سمعتم". انظر: مصنف عبد الرزاق، كتاب الطلاق، باب المظاهر تمضي له أربعة أشهر، (٦/ ٤٤٠).

(٣) سقط، وأثبته من: البناية شرح الهداية (٥/ ٤٩٣).

(٤) انظر: ص ٧١١.

(٥) انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ٢٠٥)، بدائع الصنائع (٣/ ١٧٩)، الجوهرة النيرة (٢/ ٥٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٩١)، فتح القدير (٤/ ١٩٥).

أشهر بانت بواحدة عندنا، خلافاً للشافعي[(١)]؛ لما مر، فإن تزوجها ومضت أربعة أشهر من حين تزوج قبل أن يقربها لا تقع ثانية؛ لأن اليمين لم تبق بذهاب الوقت[(٢)].

وإن كانت بغير الله تعالى، فإن كانت مُطْلَقَة، نحو قوله: إن قربتك فامرأته طالق، أو عبده حر، أو عليه حجة، أو عمرة، فمتى قربها فقد فاء إليها ونزل الجزاء، وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت بالإيلاء، فإن تزوجها ثم مضت أربعة أشهر أخرى قبل أن يقربها بانت بثانية؛ لأن اليمين باقية، وكذا في المرة الثالثة على الوجه الذي ذكرنا في اليمين بالله إذا كانت مطلقة[(٣)].

وإن كانت مؤقتة، نحو قولنا: إن قربتك أربعة [أشهر][(٤)] فعبده حر، فإن قربها في الأربعة حنث وبطلت اليمين، وإن قربها بعد الأربعة لم يحنث؛ لأنه قرب واليمين مرتفعة؛ لأن اليمين المؤقتة لا تبقى بعد ذهاب الوقت، وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت بواحدة[(٥)].

الفيء يبطل الإيلاء

فالحاصل أن اليمين تبطل بالفيء[(٦)]، والفيء نوعان: فيء بالفعل، وفيء بالقول[(٧)].

---

(١) انظر: الأم (٥/ ٢٨٧)، الحاوي الكبير (١٠/ ٣٤٠)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٠/ ٣٠٩)، مغني المحتاج (٥/ ٢٥).

(٢) انظر / تبيين الحقائق (٢/ ٢٦٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٩١).

(٣) انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ٢٠٤)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ١٥٢)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٦٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٩٧).

(٤) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٥) انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ٢٠٤)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ١٥٢)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٦٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٩٧).

(٦) الفيء: المراد به هنا الرجوع، يقال: فاء الرجل يَفِيء فيئاً أي رجع، وفاء المُولِي فَيْئَة أي رجع عن يمينه إلى زوجته، وله على امرأته فيئة أي رَجْعَة، وفاء الظل يفيء فيئاً إذا رجع من جانب المغرب إلى جانب المشرق، والجمع فُيُوء وأَفْيَاء. انظر: المصباح المنير (٢/ ٤٨٦)

(٧) انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ٢٠٧).

والمضارة إذا تحققت بالفعل لا يكون الفيء إلا بالفعل، نحو: إن آلى منها وهو قادر على جماعها لا يكون فيؤه إلا بالوطء؛ لأن المضارة وقعت به.

وإذا تحققت المضارة بالقول يكون فيؤه بالقول، بشرط استمرار العجز إلى انقضاء المدة، نحو: إن آلى منها وهو لا يقدر على الجماع، إما لمرض، أو كون المرأة صغيرة، أو رتقاء[(١)]، ففيؤه بالقول، وهو أن يقول: فئت إليك، أو راجعتك، أو ما يدل على الرجوع من الألفاظ؛ لأن المضارة وقعت بالقول، فيكون فيؤه بالقول.

فإن قدر في المدة على الجماع بطل الفيء باللسان؛ لأنه خلف عن الفيء بالفعل، فيكون شرطه استمرار العجز، ولم يوجد. وإن استمر العجز، ثم قدر، مضى الفيء على الصحة؛ لأنه قدر على الأصل بعد حصول المقصود بالبدل وبطل الإيلاء، حتى إنه لو مضت أربعة أشهر أخرى بعد ذلك ولم يقربها لا تقع أخرى، فإن قربها كَفَّر عن يمينه؛ لأن اليمين باقية في حق الكفارة[(٢)].

لو قال لامرأته: والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين

فإذا عرف هذا نقول قال: «رجل قال لامرأته: والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين، فهو مُول»[(٣)]؛ لأنه جمع بينهما بحرف الجمع، فصار كأنه جمع بلفظة الجمع، [ولو جمع بلفظة الجمع][(٤)] بأن قال: والله لا أقربك أربعة /

---

(١) الرتقاء: هي المرأة التي لا يصل إليها زوجها بسبب انسداد الرحم بعظم ونحوه. انظر: طلبة الطلبة ص٤٦.

(٢) انظر: المبسوط (٧/ ٢٨)، بدائع الصنائع (٣/ ١٧٣)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٥٥)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٦٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٩٩).

(٣) الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢١٩.

(٤) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

[١٤١/أ] أشهر يصير موليـًا، فكذا إذا جمع بحرف الجمع، ونظيره: بعته منك هذا العبد بكذا إلى شهر [وشهر][١] يصير الأجل شهرين[٢].

وفي الجامع الكبير إذا قال: والله لا أكلمك يومـًا ويومين، فهو بمنزلة قوله ثلاثة أيام[٣].

ولو قال: والله لا أقربك شهرين وشهرين فهو مول؛ لأنه بمنزلة قوله: والله لا أقربك أربعة أشهر؛ لما بينا، فإن قربها في الأربعة تلزمه كفارة واحدة؛ لأن اليمين واحدة، وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت بواحدة؛ لما مر[٤].

ولو قال لها: والله لا أقربك شهرين، ثم أعادها بعد يوم، فليس بمول؛ لأنه لما أفرد الثاني بالقسم صارا أجلين وتداخلا فنقصت المدة عن أربعة أشهر فلم يصر موليـًا، فإن قربها لزمته كفارتان؛ لأن اليمين متعددة.

والأصل وهو أن الكفارة تتعلق بهتك حرمة الاسم، فمتى تعدد الهتك تعددت الكفارة، وإنما يتعدد الهتك إذا تعددت اليمين، وكون الإيلاء طلاقـًا يتعلق بوقوع المضارة في مدة أربعة أشهر، فيتعدد الطلاق بتعدد المضارة، وتتعدد المضارة بتعدد المدة، حتى إنه لو قال لامرأته: والله [لا أقربك][٥]، ثم قال بعد يوم: والله لا أقربك، ثم قال بعد يوم: والله لا أقربك، وهي غير مدخول بها انعقد ثلاث إيلاءات، فإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر من وقت اليمين الأولى بانت

---

(١) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢١٩، بدائع الصنائع (٣/ ١٧٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٠٨)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٦٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٩٤).

(٣) انظر: الجامع الكبير ص٨٣.

(٤) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٨٠٨).

(٥) كتبها الناسخ: (لامرأتك)، وهو تصحيف.

بواحدة، [فإن تزوجها ثم مضت أربعة أشهر أخرى من وقت التزوج قبل أن يقربها بانت بواحدة][1] أخرى، وإن كانت الأيمان الثلاث باقية لكن لما اتحدت المضارة باتحاد المدة لم يتعدد الطلاق؛ لأنه ليس لها في هذه المدة إلا حق واحد، فإن قربها تلزمه ثلاث كفارات؛ لتعدد الأيمان[2].

لو قال لامرأته: كلما دخلت الدار فوالله لا أقربك

ولو قال لها: كلما دخلت الدار فوالله لا أقربك، فدخلت ثلاث مرات، وهي مدخول بها، انعقدت ثلاث إيلاءات، فإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر من وقت كل دخول طلقت ثلاثاً؛ لأن المضارة تعددت بتعدد المدة، فتعدد الطلاق، وإن قربها لا تلزمه إلا كفارة واحدة؛ لأن اليمين متحدة[3].

لو قال لامرأته: لا أقربك سنة إلا يوماً

ولو قال لها: والله لا أقربك سنة إلا يوماً، لم يصر مولياً؛ لفقد شرطه؛ لأنه يمكنه قربانها في المدة بدون حنث يلزمه؛ لأنه متى قربها في يوم فقد قربها في اليوم المستثنى، فلا يحنث إلا إذا قربها وبقي بعد القربان إلى آخر السنة أربعة أشهر فصاعداً، فحينئذ يصير مولياً؛ لأنه صار بحال لا يمكنه القربان في المدة إلا بحنث يلزمه، وعند زفر يصير مولياً؛ لأن اليوم المستثنى انصرف إلى آخر السنة، كما في قوله: أجرتك هذه الدار سنة إلا يوماً، فلا يمكنه قربانها في الأربعة أشهر إلا بحنث يلزمه، فيصير مولياً. ولنا: أن اليوم منكر، فلا يجوز تعريفه بلا حاجة، فبقي منكراً، بخلاف الإجارة فإن الحاجة ثَمَّ/ [١٤١/ ب] مست إلى تعريفه؛ لأنه لو لم يُعَرَّف يبقى المعقود عليه مجهولاً، وجهالته تفسد الإجارة، وإنما انصرف

---

(١) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.
(٢) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٨٠٨)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٦٤)، البحر الرائق (٤/ ٧٠).
(٣) انظر: المبسوط (٧/ ٣٢).

إلى آخر السنة؛ لأن [آخر](١) السنة تعبير يماثل العقد؛ ليتمكن من الانتفاع(٢)(٣).

لو قال وهو بالبصرة وامرأته بالكوفة: والله لا أدخل الكوفة

ولو قال وهو بالبصرة وامرأته بالكوفة: والله لا أدخل الكوفة، فليس بمول؛ لفقد شرط صحته؛ لأنه يمكنه أن يقربها في المدة بدون حنث يلزمه، [بأن](٤) يخرجها من الكوفة [و](٥) يقربها(٦).

لو قال لأجنبية: والله لا أقربك ثم تزوجها

ولو قال لأجنبية: والله لا أقربك، ثم تزوجها، لا يصير موليًا؛ لأن الإيلاء إنما يصير طلاقًا باعتبار المضارة، فيصير تقديره: إن ضاررتك بمنع حقك في الجماع أربعة أشهر فأنت طالق بائن، فهذه يمين بالطلاق، وإنها لا تصح إلا في الملك أو مضافة إلى الملك، ولم يوجدا(٧).

لو آلى من امرأته وهو مريض

ولو آلى من امرأته وهو مريض لا يقدر على الجماع، أو هي رتقاء، أو صغيرة لا يجامع مثلها، ففيؤه بالقول إن استمر العجز؛ لما مر، فإن لم يستمر بطل الفيء، وإن استمر ثم قدر مضى الفيء على الصحة وبطل الإيلاء، حتى إنه لو لم يقربها بعد ذلك أربعة أشهر لا تطلق، وإن قربها كَفَّر(٨).

---

(١) سقط، وأثبته من: شرح قاضي خان (٢/ ٨٠٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٩٦).

(٢) وإنما صُرِف اليوم إلى آخر السنة في الإجارة؛ لتصحيح الإجارة، فإنها لا تصح مع التنكير؛ لعدم حصول المقصود، وهو التمكن من استيفاء المنفعة. انظر: البناية شرح الهداية (٥/ ٤٩٦).

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢١٩، بدائع الصنائع (٣/ ١٧٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٠٩)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٦٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٩٥).

(٤) كتبها الناسخ: (فإن)، والسياق يقتضي ما أثبته، وأثبته من: شرح قاضي خان (٢/ ٨١٠).

(٥) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٦) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٠، شرح قاضي خان (٢/ ٨١٠)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٩٦).

(٧) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٠، بدائع الصنائع (٣/ ١٧١)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٠٩)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٦٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٩٨).

(٨) أي إن استمر العجز حتى انقضت المدة، ثم قدر بعد ذلك مضى الفيء على الصحة. انظر:=

وذهب الطحاوي إلى أن الفيء باللسان لا يكون فيئاً؛ لأنه لو كان لوقع الحنث، ولو حنث لارتفعت اليمين، ولو ارتفعت اليمين لما لزمته الكفارة بالقربان بعد ذلك(١). ولنا: أن كون الإيلاء طلاقاً باعتبار المضارة، ولا مضارة بعد الفيء فبطل الإيلاء، وإنما وجبت الكفارة؛ لأن اليمين باقية في حق الكفارة، وليس من ضرورة بقائها في حق الكفارة بقاؤها في حق الإيلاء، فإن اليمين توجد بدون اليمين بالله(٢).

إيلاء الذمي

وإيلاء الذمي صحيح في وجه بالإجماع، نحو أن يقول: إن قربتك فعبده حر وامرأته طالق؛ لأن الإيلاء يمين مانعة، وإنما تكون مانعة إذا كانت مخوفة نزول الجزاء، وهو الطلاق أو العتاق؛ لأنه من أهله. وفي وجه لا يصح بالإجماع، نحو إن قال: إن قربتك فعليَّ حجة أو عمرة؛ لأن اليمين هاهنا غير مخوفة؛ لأن الحجة أو العمرة لا تلزمه؛ لأنهما عبادة، والكافر ليس من أهلها ولا يعتقد كونها عبادة. وفي وجه على الاختلاف، نحو إن قال: والله لا أقربك، فهو مول عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه غير مول؛ لأن اليمين إنما تخوفه [باعتبار](٣) لزوم الكفارة، والكفارة لا تلزمه؛ لأنها عبادة، وهو ليس من أهلها. ولنا: أنها تخوفه من حيث أن في الحنث هتك حرمة اسم الله تعالى، وهو يخافه؛ لأنه يعتقد حرمة اسم الله

= الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٠، شرح قاضي خان (٢/ ٨١٠)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٦٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٩٩)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٤٣١).

(١) انظر: شرح الصدر الشهيد ص٣٢١، شرح قاضي خان (٢/ ٨١١)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٦٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٠٠).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٠، المبسوط (٧/ ٢٨)، شرح قاضي خان (٢/ ٨١٠)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٦٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٩٩)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٤٣١).

(٣) كتبها الناسخ: (فاعتبار)، والسياق يقتضي ما أثبته.

تعالى. فإذا صح الإيلاء في حقه، إن قربها لا تجب عليه الكفارة؛ لأنه ليس بأهل لها، وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت بواحدة؛ لأنه أهل لها[1].

❋ ❋ ❋

(١) انظر: المبسوط (٧/ ٣٥)، تحفة الفقهاء (٢/ ٢٠٩)، بدائع الصنائع (٣/ ١٧٥)، فتح القدير (٤/ ١٨٩)، الفتاوى الهندية (١/ ٤٧٦).

باب الظهار[1][2]

الأصل فيه: قوله عَزَّوَجَلَّ / [١٤٢/ أ]: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾[3] إلى قوله: ﴿سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾[4].

وصف الظهار وحكمه

والظهار: تشبيه زوجته، أو جزء منها شائع، أو جزء معين يعبر به عن جميع البدن، بمن حرمت عليه حرمة مؤبدة، أو ببعض منها لا يجوز النظر إليه، كالظهر والفرج[5].

وحكمه: حرمة امرأته عليه وطئاً، ومباشرة، وقبلة، مؤقتة بالكفارة عندنا[6]، وعند الشافعي حرمة مطلقة ترفعها الكفارة. ومن هذا الخلاف نشأ الخلاف في ظهار الذمي، فعندنا لا يصح؛ لأنه ليس بأهله؛ لأن أهل التصرف من هو أهلي لحكمه، وحكم الظهار عندنا حرمة مؤقتة بالكفارة، والكافر ليس أهلاً لها؛ لأن الكفَّارة عبادة[7]، وعند الشافعي يصح؛ لأن حكمه حرمة مطلقة، والكافر أهل لها[8].

---

(١) الظهار لغة: مقابلة الظَّهْر بالظَّهْر، يقال: تظاهر القوم إذا تدابروا، كأنه ولَّى كل واحد منهم ظهره إلى صاحبه إذا كان بينهم عداوة. والظهار أيضاً هو قول الرجل لامرأته: أنت عليَّ كظهر أمي. وشرعاً: أن يشبه المسلم العاقل البالغ زوجته، أو جزءاً منها شائعاً، كالثلث والربع، أو ما يعبر به عن الكل بما لا يحل النظر إليه من المحرمة على التأبيد، ولو برضاع، أو صهرية. انظر: مختار الصحاح ص١٩٧، التعريفات ص١٤٤، أنيس الفقهاء ص٥٧، كشاف اصطلاحات الفنون (٢/ ١١٥٥).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٢.

(٣) سورة المجادلة الآية رقم: ٣.

(٤) سورة المجادلة الآية رقم: ٤.

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٢٢٩)، تبيين الحقائق (٣/ ٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٣١).

(٦) انظر: المبسوط (٦/ ٢٢٣)، تبيين الحقائق (٣/ ٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٣١).

(٧) انظر: المبسوط (٦/ ٢٣١)، بدائع الصنائع (٣/ ٢٣٠)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٣١).

(٨) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ٤١٢)، نهاية المطلب (١٤/ ٤٧٢)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٠/ ٣٣٤).

حكم المرأة المظاهر منها

وكما يحرم على الرجل أن يستمتع بها، يحرم على المرأة أن تدعه يقربها، ولها أن تخاصمه وترفع الأمر إلى القاضي حتى يجبره على الكفارة؛ لأنه أضر بها بمنع حقها في الجماع، فلها أن تطالبه برفع ذلك(١).

لا يحل وطء المظاهر منها بحال حتى يكفّر

ولا يحل له وطؤها بسبب ملك يمين، أو ملك نكاح، أو غيره حتى يُكَفِّر، حتى إنها لو ارتدت ثم سُبِيَت ثم اشتراها لا يحل له أن يستمتع بها حتى يُكَفِّر(٢).

وإن كَفَّر وهي مُبانة جاز، وارتفعت الحرمة؛ لوجود المُـــنهي لها(٣)، وإنما حرمت عليه؛ لأنه شبه المحللة بالمحرمة، وإنه منكر من القول وزور، على ما قال تعالى: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ ٱلْقَوْلِ وَزُورًاۚ﴾(٤)، فجازاه الله تعالى بتحريم امرأته عليه مؤقتـاً بالكفارة(٥).

متى تجب الكفارة

والكفارة تجب بالظهار والعَوْد؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ﴾(٦)، واختلفوا في تفسيره، فقال أصحاب الظواهر: تفسيره أن يكرر لفظة الظهار(٧). وإنه عدول عن الظاهر؛ لأنه قال: ثم يَعُودون لما قالوا، ولم يقل: ثم يُعِيدُون ما قالوا، والعَوْد لما قال نقضه، فإنه يقال: عاد لما صنع، أي نقضه(٨).

---

(١) انظر: المبسوط (٦/ ٢٣٠)، بدائع الصنائع (٣/ ٢٣٤)، المحيط البرهاني (٣/ ٤٣٣).

(٢) انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ٢١٣)، بدائع الصنائع (٣/ ٢٣٥)، الجوهرة النيرة (٢/ ٦٣).

(٣) انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ٢١٣)، تبيين الحقائق (٣/ ٤).

(٤) سورة المجادلة الآية رقم: ٢.

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٢٢٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٣٢).

(٦) سورة المجادلة الآية رقم: ٣.

(٧) انظر: المحلى (٩/ ١٩٣)، الجامع لأحكام القرآن (١٧/ ٢٨٠).

(٨) انظر: تفسير الطبري (٢٣/ ٢٣٠)، الجامع لأحكام القرآن (١٧/ ٢٨٠).

وقال الشافعي: تفسيره العزم على إمساكها نكاحاً، فإن حكمه عنده حرمة مطلقة، وهو بالظهار عزم على ترك إمساكها، فالعود له هو العزم على إمساكها، حتى إنه لو أمسك عن طلاقها عقيب الظهار تجب عليه الكفارة وتتقرر(١).

وعندنا العزم على وطئها، فإن حكمه عندنا حرمة مؤقتة بالكفارة، وهو بالظهار عزم على ترك وطئها، فيكون نقضه بالعزم على الوطء، وإن عزم على وطئها، ثم بدا له أن لا يطأها تسقط عنه الكفارة؛ لأنها تجب غير مستقرة؛ لأن وجوبها يتعلق بالعزم، والعزم لا يستقر إلا باتصال الفعل به(٢).

كفارة الظهار

والكفارة ما نص الله عليه في كتابه: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مِّن قَبۡلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾(٣) إلى قوله: ﴿سِتِّينَ مِسۡكِينٗاۚ﴾(٤)(٥).

كل من جاز طلاقه جاز ظهاره

وكل من جاز طلاقه / [١٤٢/ب] جاز ظهاره(٦)، إذا كان أهلًا لحكمه وصادف محله، حتى إنه لا يجوز ظهار الصبي والمجنون؛ لأنه لا يجوز طلاقهما(٧)، ولا يجوز للمرأة أن تظاهر من زوجها؛ لأنه لا يجوز لها أن تطلق

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ٢٤٣)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٠/ ٣٤٧)، مغني المحتاج (٥/ ٣٥).

(٢) انظر: المبسوط (٦/ ٢٢٤)، تحفة الفقهاء (٢/ ٢١٤)، بدائع الصنائع (٣/ ٢٣٥)، تبيين الحقائق (٣/ ٣).

(٣) سورة المجادلة الآية رقم: ٣.

(٤) سورة المجادلة الآية رقم: ٤.

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٢٣٥).

(٦) قاعدة فقهية وردت عند الحنفية بهذا اللفظ، وبلفظ: كل من صح طلاقه صح ظهاره. انظر: العدة في أصول الفقه (٤/ ١٣٤٤)، المبسوط (٦/ ٢٣١)، كشف الأسرار (٣/ ٣٥٤)، فصول البدائع في أصول الشرائع (٢/ ٤٤٠)، التقرير والتحبير (٣/ ٢٨٧).

(٧) انظر: المبسوط (٦/ ٢٣٣)، بدائع الصنائع (٣/ ٢٣٠).

زوجها[١]، ولا يجوز أن يظاهر من أجنبية[٢]، أو من أَمَته[٣]؛ لأنه لا يجوز له أن يطلقها، وإن أبان زوجته ثم ظاهر منها لا يجوز؛ لأنها لم تبق محلاً لأن حكم الظهار حرمة مؤقتة، ومحلها الحل، وبالبينونة زال الحل[٤]، ولا يجوز له أن يظاهر من أمته، ومُدَبَّرته، وأم ولده؛ لأنه لا يجوز له طلاقهن[٥].

أنواع الظهار

والظهار يتنوع إلى صريح وكناية، فالصريح كل لفظة تستعمل له دون غيره، كقوله: أنت عليَّ كظهر أمي، أو ظاهرتك، ولا يفتقر إلى النية.

والكناية كل لفظة تستعمل له ولغيره، أو له ولمعانٍ أخر، وإنه يفتقر إلى النية، إلا إذا دل الدليل على نيته، أو ترجح ذلك بمرجح[٦].

لو قال لامرأته: أنت عليّ كظهر أمي

فإذا عرف هذا نقول: قال: «رجل قال لامرأته: أنت علي كظهر أمي لم يكن إلا ظهاراً»[٧]؛ لأنه لا يحتمل غيره؛ لأنه صريح له. ولو قال: «أنت علي كفَرْج أمي، فكذلك»[٨]؛ لأن الفرج أشد حرمة من الظهر، ثم التشبيه بالظهر ظهار، فالتشبيه بالفرج أولى[٩].

---

(١) انظر: المبسوط (٦/ ٢٢٧)، المحيط البرهاني (٣/ ٤٢٩)، فتح القدير (٤/ ٢٥٢).
(٢) انظر: المبسوط (٦/ ٢٢٨)، بدائع الصنائع (٣/ ٢٣٢).
(٣) انظر: تبيين الحقائق (٣/ ٥).
(٤) انظر: الجوهرة النيرة (٢/ ٦٥).
(٥) انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ٢١٢)، تبيين الحقائق (٣/ ٥)، الجوهرة النيرة (٢/ ٦٥).
(٦) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٢٣١)، تبيين الحقائق (٣/ ٥).
(٧) الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٢.
(٨) انظر: المرجع السابق.
(٩) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٢، المبسوط (٦/ ٢٢٦، ٢٢٨)، شرح قاضي خان (٢/ ٨١٢).

لو قال لامرأته: أنت عليَّ كأمي

ولو قال لها: أنت علي كأمِّي، أو مثل أمِّي، فهو على نيته؛ لأنه محتمل لمعاني، فإن نوى طلاقاً، أو ظهاراً، أو إيلاء، فهو كما نوى؛ لأنه نوى [محتمل كلامه][(١)]؛ لأنه شبه امرأته بأمِّه، وإنه يحتمل التشبيه في الكرامة، كأنه يقول: أنت مُكْرَمَة عليَّ كأمِّي، ويحتمل التشبيه في الحرمة، [وإنه][(٢)] يتنوع إلى حرمة ظهار، وحرمة إيلاء، وحرمة طلاق، فأيها نوى فقد نوى ما يحتمله لفظه فتصح نيته، وإن نوى الكرامة تصح نيته ولا يلزمه شيء؛ لما بينا. وإن لم تكن له نية لا يلزمه شيء عند أبي حنيفة، ويحمل على التشبيه في الكرامة؛ لأنه هو الظاهر، وعند محمد هو ظهار؛ لأن تشبيهَ امرأته بعضو من أعضاء أمه ظهار، فتشبيهها بكلها أولى أن يكون ظهاراً، وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ روايتان، في رواية: مثل قول محمد. وفي رواية: مثل قول أبي حنيفة[(٣)]. واختار بعض المتأخرين الرواية الأولى وجعلوا قوله مع قول محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ، واختار أكثرهم الرواية الثانية وجعلوا قوله مع قول أبي حنيفة.

وإن نوى به التحريم لا غير، قال بعض المتأخرين في شرح هذا الكتاب: إن على قول أبي حنيفة وأبي يوسف يكون إيلاء، وعلى قول محمد ظهاراً[(٤)]. وقيل: إنه غلط، والصواب أنه ظهار بالإجماع، تظهر صحته في المسألة التالية لهذه[(٥)].
ولو قال لها: أنت عليَّ حرام كأمِّي، فهو على نيته؛ / [١٢٧/ أ] لما بينا[(٦)].

---

(١) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٢) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٣) وفي رواية عن أبي يوسف: أنه إيلاء. انظر: المبسوط (٦/ ٢٢٨)، شرح قاضي خان (٢/ ٨١٣).

(٤) انظر: شرح الصدر الشهيد ص٣٢٢.

(٥) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٢، المبسوط (٦/ ٢٢٨)، بدائع الصنائع (٣/ ٢٣١)، شرح قاضي خان (٢/ ٨١٢)، تبيين الحقائق (٢/ ٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٣٦).

(٦) انظر: المبسوط (٦/ ٢٢٩)، شرح الصدر الشهيد ص٣٢٢، بدائع الصنائع (٣/ ٢٣٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٨١٣)، تبيين الحقائق (٣/ ٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٣٨).

وإن نوى طلاقـًا، أو ظهاراً، أو إيلاء، فهو على ما نوى؛ لأنه نوى محتمل كلامه؛ لما بينا.

وإن لم تكن له نية، قيل على [قول][١] أبي حنيفة وأبي يوسف يكون إيلاء، وعلى قول محمد يكون ظهاراً؛ لأنه نص على التحريم، فصار كقوله: أنت عليَّ كأمِّي، ونوى به التحريم لا غير، فيكون على هذا الاختلاف على قول موليـًا، فكذا هاهنا. وقيل: هذا غلط، فإنه نص في كتاب الطلاق في باب [الظهار][٢] إذا قال لامرأته: أنت عليَّ حرام كأمِّي، ولم ينو شيئـًا كان ظهاراً، ولم يذكر خلافـًا[٣]؛ لأنه نص على التحريم، فلم يبق لاحتمال التشبيه في الكرامة مجال، فتعين التشبيه في التحريم، وتشبيه امرأته ببعض أمه في التحريم ظهار، فبكلها أولى، وبهذا لاح لك أن في المسألة الأولى وهو قوله: أنت عليَّ كأمِّي إذا نوى به التحريم لا غير يكون ظهاراً بلا خلاف؛ لأنه إذا نوى به التحريم لا غير صار بمنزلة قوله: أنت عليَّ حرام كأمِّي، ولم ينو شيئـًا ثَمَّ هاهنا يكون ظهاراً بلا خلاف، فكذا ثَمَّ[٤].

لو قال لامرأته: أنت عليَّ حرام كظهر أمي

ولو قال لها: أنت عليَّ حرام كظهر أمِّي، أو قال: أنت عليَّ حرام مثل ظهر أمِّي، ونوى طلاقـًا وظهاراً، لم يكن إلا ظهاراً عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه يكون ما نوى، إلا أن عند محمد إذا صار طلاقـًا لا يصير ظهاراً؛ لأن صدر كلامه وهو قوله: أنت عليَّ حرام، يحتمل الطلاق، وآخره يؤكده. وعند أبي يوسف

---

(١) سقط، يقتضيه سياق الكلام.
(٢) كتبها الناسخ: (الرجعة)، والصواب ما أثبته. انظر: الأصل (٥/ ٨).
(٣) انظر: الأصل (٥/ ١١).
(٤) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٢، المبسوط (٦/ ٢٢٩)، بدائع الصنائع (٣/ ٢٣٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٨١٣)، المحيط البرهاني (٣/ ٤٣٠)، تبيين الحقائق (٣/ ٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٣٨).

يكون طلاقاً وظهاراً؛ لأن آخر كلامه صريح في الظهار، وأوله محتمل للطلاق، ونيته الطلاق تعيين للطلاق فوقع على الطلاق، وبآخره يصير مظاهراً؛ لأنه صريح له، ويجوز أن يجتمع الظهار والطلاق بأن طلَّق ثم ظاهر، أو ظاهر ثم طلَّق. ولأبي حنيفة: أن آخر كلامه محكم في الظهار وأوله محتمل، والمحتمل يحمل على المحكم؛ لأنه السنة المطردة في الشريعة[١].

فإن ظاهر من أمته لا يصح؛ لما مر[٢].

رجل أمر رجلاً أن يطعم عن كفارة ظهاره

رجل أمر رجلاً أن يطعم عن كفارة ظهاره ستين مسكيناً، ففعل، أجزأه؛ لأنه أمكن تصحيح تصرفه بأن ينتصب الفقير نائباً عن الآمر في القبض له، فيقبضه ثم يقبض لنفسه[٣].

رجل أعتق عبداً عن ظهاريه

رجل أعتق عبداً عن ظهاريه، لا يجوز عنهما، ويجوز له أن يجعله عن أحدهما عندنا، وعند زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ لا يجوز؛ لأنه لما أعتق عنهما عتق كل نصف عن كل واحد منهما، فبعد ما عتق خرج الأمر عن يده فلا يملك تغييره، كما إذا كان عليه كفارة ظهار وقتل فأعتق عبداً عنهما. ولنا: أن الجنس هاهنا متحد، والتعيين في الجنس المتحد لغو، ولهذا من عليه قضاء رمضان لا يشترط له أن ينوي صوم كل يوم عن يومه بعينه، بل يجوز له أن ينوي قضاء عما عليه؛ /

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٢، المبسوط (٦/ ٢٢٩)، بدائع الصنائع (٣/ ٢٣٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٨١٤)، تبيين الحقائق (٣/ ٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٣٨).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٣، شرح قاضي خان (٢/ ٨١٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٣٩).

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٣، شرح الصدر الشهيد ص٣٢٢، شرح قاضي خان (٢/ ٨١٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٥٥)، تبيين الحقائق (٣/ ١١).

[١٢٧/ ب] لأن الجنس متحد، فإذا لغا التعيين وقع عما عليه، فعليه التكميل بإعتاق رقبة أخرى، بخلاف ما إذا كان عليه كفارتا الظهار والقتل؛ لأن الجنس مختلف فاعتبر التعيين(١).

رجل أعتق نصف عبده عن كفارة الظهار

رجل أعتق نصف عبد عن كفارة ظهار، ثم أعتق النصف الثاني، أجزأه، أما على قول أبي يوسف [و](٢) محمد فظاهر؛ لأن الإعتاق عندهما لا يتجزأ، فإعتاق النصف إعتاق الكل عندهما، وأما عند أبي حنيفة؛ فلأن الواجب عليه تحرير رقبة بنية التكفير وقد وجد، لكن بكلامين فيجزئه، كما إذا وجد بكلام واحد؛ لأن المقصود لا يختلف(٣).

ولو أعتق عن كفارة عبداً مشتركاً بينه وبين غيره وهو موسر، فضمن نصيب شريكه، فأعتق النصف الثاني، [لا](٤) يجزئه عند أبي حنيفة، وعندهما [العتق](٥) لا يتجزأ، فإذا أعتق النصف فقد أعتق الكل وتعين حق الشريك في التضمين، ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أن الواجب عليه صرف كل رقبة العبد إلى العبد عن الكفارة، وإنه لم يوجد؛ لأنه لما أعتق العبد فقد أعتقه من وجه؛ لأنه أعتق نصفه من كل وجه ونصف شريكه من وجه؛ لأنه أفسد عليه بعض التصرفات، ثم إذا أعتق النصف الثاني فقد وجد إعتاقه من وجه، والإعتاق الأول من وجه لم يقع

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٣، المبسوط (٧/ ١٠)، شرح قاضي خان (٢/ ٨١٦)، المحيط البرهاني (٣/ ٤٣٥)، تبيين الحقائق (٣/ ١٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٥٩).

(٢) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٣، شرح قاضي خان (٢/ ٨١٧)، المحيط البرهاني (٣/ ٤٣٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٤٩).

(٤) سقط، وأثبته من: المبسوط (٧/ ٧)، شرح قاضي خان (٢/ ٨١٧)، تبيين الحقائق (٣/ ٩).

(٥) سقط، وأثبته من: المبسوط (٧/ ٧).

عن كفارته؛ لأنه لم يكن على ملك الـمُكَفِّر، فلم يوجد منه التحرير الكامل وهو التحرير من كل وجه، فلا يجزئه[١].

لو أطعم عن كفارتي ظهاريه ستين مسكيناً كل مسكين صاعاً

ولو أطعم عن كفارتي ظهاريه ستين مسكيناً، كل مسكين صاعاً، لا يجزئه عنهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد يجزئه، وأجمعوا على أنه إذا كانت عليه كفارتا ظهار وإفطار فأطعم ستين مسكيناً عنهما، كل مسكين صاعاً يجزئه عنهما. له: أن المؤدى صلح لأداء ما عليه، والـمُؤَدَّى إليه يصلح مصرفاً فيجزئه، كما إذا كان عليه كفارة [ظهار][٢] وإفطار. ولنا: أن نية الجمع لغو عند اتحاد الجنس؛ [لأن في الجنس الواحد لا يختلف الغرض، فلا يحتاج إلى التمييز، وإذا بطلت نية الجمع والتعيين تعينت نية الظهار وتقرر ما ذكر][٣]، فبقي نية ما عليه، والمؤدى يصلح عن أحدهما؛ لأن التقدير بنصف صاع لبيان الأدنى لا لمنع الزائد، فجعلناه عما عليه ولم نُوَزِّع بينهما احتياطاً، بخلاف ما إذا اختلف الجنس؛ لأن نية الجمع معتبرة عند اختلافه، فَيُوَزَّع[٤]. والله أعلم بالصواب.

* * *

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٣، المبسوط (٧/ ٧)، شرح الصدر الشهيد ص٣٢٣، شرح قاضي خان (٢/ ٨١٧)، المحيط البرهاني (٣/ ٤٣٥)، تبيين الحقائق (٣/ ٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٤٨)، فتح القدير (٤/ ٢٦٣).

(٢) سقط، وأثبته من: شرح قاضي خان (٢/ ٨١٨).

(٣) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٤) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٤، المبسوط (٧/ ١٨)، شرح الصدر الشهيد ص٣٢٤، شرح قاضي خان (٢/ ٨١٧)، المحيط البرهاني (٣/ ٤٣٨)، تبيين الحقائق (٣/ ١٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٥٨)، فتح القدير (٤/ ٢٧٣).

باب في طلاق المريض[1]

الأصل في طلاق المريض

الأصل فيه: أن امرأة الفارِّ ترث منه ما دامت في العدة، وزوج الفارَّة يرثها، ونعني بالفارِّ: الذي يطلق زوجته ثلاثـًا، أو بائنـًا، في مرض موته، أو يعلقها بشرط، أو يباشر الشرط بدون رضاها، أو فيما هو في معنى المرض[2]. وعند الشافعي لا ترث؛ [لأن][3] الإرث يتعلق / [١٢٨/ أ] بالنكاح، والنكاح قد زال بالثلاث؛ لأن الثلاث مبطلة محلية النكاح، والشيء لا يبقى في غير محله، ولهذا لا ترث بعد العدة، ولهذا لا يرثها الزوج[4]. ولنا: أن النكاح باق في حق الإرث ما بقيت العدة؛ لأن النكاح في مرض الموت سبب يقصد به الإرث عادة؛ لأنه يفضي إلى الإرث غالبـًا بواسطة إفضاء المرض إلى الموت حقيقة، والإرث حقها، وسبب حق المرء حقه، وإبطال حق المرء إضرار به، ودفع الإضرار واجب ما أمكن، وقد أمكن دفع هذا الإضرار بتأخير عمل الطلاق إلى انقضاء العدة؛ لأن الممكن ما له نظير في الشريعة، وله نظير فيها؛ لأن الشرع ورد بتأخير عمل البائن والثلاث إلى حين انقضاء العدة من وجه؛ فإن ملك النكاح يبقى ما بقيت العدة، ولهذا تمنع عن الخروج، والبروز، والتزوج بزوج، ويبقى الفراش، فتأَخَر عمل

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٤.

(٢) انظر: الهداية (٢/ ٢٥١)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٤٥).

(٣) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٤) عند الشافعية طلاق المريض كطلاق الصحيح في النفاذ بلا خلاف، وإنما اختلفوا في انقطاع الميراث، هل ينقطع ميراث الزوجة لو طلقها زوجها طلاقـًا بائنـًا في مرض موته، ثم مات الزوج ؟ على قولين، في الجديد: أنه ينقطع؛ لأن علة الوراثة عصمة الزوجية، وقد انقطعت. والثاني: وهو المنصوص عليه في القديم، أنه لا ينقطع، ويعامل الزوج بنقيض مقصوده. قال الغزالي: الجديد هو القياس والمشهور. وقال النووي: والجديد هو الأظهر. انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ٢٦٣)، نهاية المطلب (١٤/ ٢٣٠)، الوسيط (٥/ ٤٠٢)، روضة الطالبين (٨/ ٧٢).

الطلاق في إبطال النكاح في حق الإرث إلى انقضاء العدة، فبقي النكاح في حق الإرث، وبقي محلية النكاح في حق الإرث ضرورة، فبقي الإرث، وبهذا خرج الجواب عن قوله: الثلاث تبطل محلية النكاح، وبخلاف ما بعد العدة؛ لأن النكاح لا يبقى في حق الإرث؛ لأنه لا يمكن؛ لأن الشرع لم يرد بمثله، وإنما لا ترث هي إذا سألت الطلاق، أو رضيت به؛ لأنا إنما أخرنا عمل المبطل نظراً لها ودفعاً للضرر عنها، فمتى رضيت بالضرر لا تبقى مستحقة للنظر، وإنما لا يرثها الزوج؛ لأنه هو الذي أبطل النكاح باختياره وألحق الضرر بنفسه(١).

تحديد مرض الموت

واختلفوا في تحديد مرض الموت، فالصحيح فيه أن يكون الغالب منه الموت دون السلامة؛ لأنه إذا غلب على الظنون موته منه دلَّ إقدامه على الطلاق في تلك الحالة على قصده الفرار من الإرث، فاتصف بكونه فاراً(٢).

والذي بمعنى مرض الموت حالة المبارزة للقتال، فإن من خرج من الصف وبارز للقتال، فطلق امرأته ثلاثاً في تلك الحالة ومات وهي في العدة ترث؛ لأن الغالب منه الهلاك دون السلامة، فصار بمعنى مرض الموت(٣). والواقف في الصف إذا طلق امرأته ثلاثاً ومات وهي في العدة لا ترث؛ لأن الغالب منه السلامة، فصار بمعنى الصحيح؛ لأن الصحيح وإن كان يتوهم في حقه الموت في كل ساعة، لكن لما كان الغالب منه السلامة كان صحيحاً(٤).

---

(١) انظر: المبسوط (٦/ ١٥٤)، المحيط البرهاني (٣/ ٤١١)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٤٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٣٩)، فتح القدير (٤/ ١٤٤).

(٢) انظر: الهداية (٢/ ٢٥٢)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٤٨).

(٣) انظر: المبسوط (٦/ ١٦٨)، المحيط البرهاني (٣/ ٤١٢)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٤٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٤٦).

(٤) انظر: المرجع السابق.

تعريف الفارّة

والفارَّة هي التي تأتي الفرقة من قبلها في مرض موتها، أو فيما هو بمعناه، [كالطَّلْق[١]][٢]، [أو][٣] الردة، أو تقبيل ابن الزوج بشهوة، أو مطاوعتها إياه في الجماع[٤].

مريض طلق امرأته ثلاثاً بأمرها

فإذا عرف هذا نقول: قال: «مريض طلق امرأته ثلاثاً بأمرها، أو قال لها: اختاري، فاختارت، / [١٢٨/ ب] أو اختلعت منه نفسها، ثم مات وهي في العدة، لا ترث منه بالإجماع»[٥]؛ لأنها رضيت بذلك[٦].

ولو قالت له: طلقني طلاقاً رجعياً، فطلقها ثلاثاً، ثم مات وهي في العدة، ورثت؛ لأنها ما رضيت بالمبطل وهي الثلاث، والذي رضيت به وهو الرجعي لا يبطل، فإن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح من كل وجه، ولا يحرم الوطء عندنا[٧].

ولو قال لها: كنتُ طلقتك ثلاثاً في صحتي وانقضت عدتك، فصدقته في ذلك، ثم أقر لها بدَيْن، أو أوصى لها بوصية، ثم مات، فلها الأقل من الإرث ومما أقر لها به ومما أوصى به عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه لها جميع ذلك،

---

(١) الطَّلْق: وجع الولادة. انظر: طلبة الطلبة ص١٦٩، المغرب في ترتيب المعرب ص٢٩٣.

(٢) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن، لكنه كتبها: (كطلق)، وما أثبته يقتضيه سياق الكلام.

(٣) كتبها الناسخ: (و)، والسياق يقتضي ما أثبته.

(٤) انظر: تبيين الحقائق (٢/ ٢٤٧)، فتح القدير (٤/ ١٥١)، البحر الرائق (٤/ ٤٨).

(٥) الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٤.

(٦) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٤، شرح قاضي خان (٢/ ٨١٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٤٣).

(٧) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٥، شرح قاضي خان (٢/ ٨١٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٤٤).

وإن طلقها ثلاثاً في مرضه بأمرها، ثم أقر لها بدَيْن أو أوصى لها بوصية، فلها الأقل من الإرث ومما أوصى به وأقر عند علمائنا الثلاثة، وعند زفر لها جميع ذلك؛ لأن المانع من صحة الوصية والإقرار لها كونها وارثة، وقد زال بالثلاث بأمرها، فوقع الإقرار والوصية للأجنبية.

ولنا: أن التهمة متمكنة في فعلها؛ لأن من الجائز أنه إنما أقدم على الثلاث بأمرها؛ ليسد باب الإرث، ويفتح لها باباً أكثر نفعاً من الإرث، وهو الإقرار والوصية، فأبطلنا قدر ما فيه التهمة، وأثبتنا ما لا تهمة فيه، وهو الأقل. ولهما في المسألة الأولى: وهو أن الإقرار والوصية وقعا لأجنبية؛ لأنهما وجدا بعد تصادقهما على الثلاث في الصحة، فيجوز. ولنا: أن التهمة متمكنة في إقراره بالثلاث في الصحة وكذا في تصديقها، فأثبتنا ما لا تهمة فيه وهو الأقل، وأبطلنا ما فيه التهمة[1].

محصور ونحوه طلق امرأته ثلاثاً

محصور[2]، أو قائم في صف القتال، أو نازل في أرض مَسْبَعَة[3]، أو المحبوس في رجم أو قود، إذا طلق امرأته ثلاثاً، ثم مات وهي في العدة، لا ترث؛ لأنه بمعنى الصحيح؛ لما بينا أن الغالب منه السلامة، بخلاف المبارز للقتال، أو الذي قُدِّم ليقتل في رجم أو قود، أو الواقع في فم السَّبُع، أو الذي انكسرت سفينته في البحر

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٥، المبسوط (٦/ ١٦٥)، شرح قاضي خان (٢/ ٨١٩)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٤٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٤٤).

(٢) محصور: من الحَصْر، وهو المنع والحبس، والمراد به هنا: من ضيق عليه العدو وأحاطوا به. انظر: طلبة الطلبة ص٣٥، مختار الصحاح ص٧٤.

(٣) أرض مَسْبَعَة: أي ذات سباع. انظر: طلبة الطلبة ص١٢٠، مختار الصحاح ص١٤١، المصباح المنير (١/ ٢٦٤).

فبقي على لوح، [ثم][١] طلق امرأته ثلاثاً في تلك الحالة، ومات وهي في العدة، حيث ترث؛ لأنه بمعنى المريض مرض الموت؛ لأن الغالب منه الهلاك[٢].

رجل قال لامرأته: أنت طالق إذا جاء رأس الشهر

رجل قال لامرأته: أنت طالق إذا جاء رأس الشهر، أو إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً، الكلام في التعليق في ثلاثة، أحدها: وهو أن يوجد التعليق والشرط في حالة الصحة. والثاني: أن يوجدا في المرض. والثالث: أن يوجد التعليق في الصحة والشرط في المرض. وكل وجه من الثلاثة على ثلاثة أوَجه، أحدها: أن يكون الطلاق معلقاً بفعل أجنبي، أو لا بفعل أحد، كطلوع الشمس ومجيء رأس الشهر. والثاني: أن يكون معلقاً بفعل الزوج. والثالث: أن يكون معلقاً بفعل الزوجة. ففي الأول: لا ترث في الوجوه / [١٢٩/ أ] الثلاثة؛ لأنه لم يوجد من الزوج في المرض لا تطليق ولا تعليق ولا مباشرة شرط. وفي الثاني: ترث في الوجوه الثلاثة إلا إذا كان الطلاق معلقاً بفعلها ولها منه بد؛ لأنه وجد من الزوج التعليق في المرض، ومباشرة الشرط معه إذا كان معلقاً بفعله، وإنما لا ترث إذا كان معلقاً بفعلها ولها منه بد؛ لأنها رضيت بذلك. وفي الثالث: إن كان معلقاً بفعل أجنبي، أو لا بفعل أحد لا ترث؛ لأنه لم يوجد من الزوج في المرض لا تعليق ولا تطليق ولا مباشرة شرط، وإن كان معلقاً بفعل الزوج ترث؛ لأنه وجد منه مباشرة الشرط في المرض، وإنه بمنزلة التطليق فيه في كونه دليلاً على قصد الفرار. وإن كان معلقاً بفعلها إن كان لها منه بد، ككلام الأجنبي لا ترث؛ لأنها رضيت به دلالة، وإن لم يكن لها منه بد، كالمكتوبة[٣]، وقضاء الدَّين، وكلام

(١) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٥، شرح قاضي خان (٢/ ٨٢٠)، المحيط البرهاني (٣/ ٤١٢)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٤٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٤٦).

(٣) المراد بها: صلاة المكتوبة. انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٨٢٣).

أحد الأبوين، ترث عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند [محمد][(١)] وزفر لا ترث؛ لأن الزوج لم يوجد منه صنع في مرض الموت، وإنما وجد منها، أكثر ما في الباب أنها مضطرة في ذلك، فأشبه تعليق الطلاق بطلوع الشمس ومجيء الغد في الصحة. ولنا: أن كلام الزوج يصير تطليقاً عند فعلها؛ لأن فعلها شرط، فيصير مُطَلِّقاً في المرض حكماً، والثابت حكماً كالثابت حقيقة، إلا أنه يشكل بفصل تعليق الطلاق في الصحة بمجيء الغد إذا وجد الشرط في المرض، فإنها لا ترث مع أنه صار مطلقاً حكماً في المرض[(٢)(٣)].

مريض طلق امرأته ثلاثاً ثم صح

مريض طلق امرأته ثلاثاً، ثم صحَّ، [ثم][(٤)] نُكِسَ[(٥)]، ثم مات وهي في العدة، لا ترث؛ لأن الصحة تقطع حكم المرض، فيظهر أنه طلقها في الصحة[(٦)].

مريض طلق امرأته ثلاثاً ثم ارتدت

مريض طلق امرأته ثلاثاً، ثم ارتدت، ثم أسلمت، ومات وهي في العدة، لا ترث؛ لأن الردة أبطلت أهلية الإرث، فلا يثبت الإرث مع عدم الأهلية، بخلاف

---

(١) سقط، وأثبته من: شرح قاضي خان (٢/ ٨٢٤).

(٢) جاء هذا التعليق في الحاشية: "والفرق بينهما أنها مكرهة من قبل الزوج؛ لأن حد المكره أن يكون مضطراً بين شرين، والمرأة كذلك؛ لأنها لو باشرت الشرط تتضرر بوقوع الطلاق، وإن امتنعت تعاقب في دار الآخرة، وهذا الاضطرار جاء من قبل الزوج، فكانت مكرهة فيضاف فعلها إليه، كمن أكره إنساناً على إتلاف مال المُكْرِه فأتلفه. انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٨٢٤).

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٦، المبسوط (٦/ ١٥٨)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٢٣)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٤٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٤٨).

(٤) سقط، يقتضيه سياق الكلام، وأثبته من: تحفة الفقهاء (٢/ ١٨٦)، بدائع الصنائع (٣/ ٢٢٤).

(٥) نُكِسَ: من النُّكْس، وهو عود المرض بعد النَّقَه. يقال: نُكِسَ في مرضه نُكْساً، أي عاودته العلة بعد النَّقَه. انظر: مختار الصحاح ص٣١٩، لسان العرب (٦/ ٢٤٣).

(٦) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٧، المبسوط (٦/ ١٥٧)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٢٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٥١).

ما إذا طاوعت ابن زوجها بعد ما طلقها ثلاثـًا في الجماع حيث ترث؛ لأن أثر فعلها في ثبوت المحرمية، وإنها تؤكد الإرث لا أنها تبطله، أكثر ما في الباب أنها تبطل النكاح الذي هو سبب الإرث، وإنها ما أبطلت هاهنا؛ لأنها وجدت بعد زوال النكاح، حتى إنها لو فعلت ذلك ابتداء قبل التطليق لا ترث[(١)].

مريض طلق امرأته وهما بحال لا يتوارثان

مريض طلق امرأته ثلاثـًا، وهما بحال لا يتوارثان، [نحو أن][(٢)] كانت أمة أو كافرة، ثم أسلمت أو عتقت، ثم مات وهي في العدة لا ترث؛ لأن التطليق صدر في حال لا يتوارثان، فلم يدل ذلك على قصده الفرار من الإرث[(٣)].

ولو ارتد الزوج في الصحة، فمات أو قتل على ردته، ورثت، بخلاف / [١٢٩/ ب] المرأة إذا ارتدت وهي صحيحة، حيث لا يرث الزوج؛ لأن الرجل بمعنى المريض؛ لأن المرتد يقتل بخلاف المرتدة فإنها لا تقتل[(٤)].

رجل قذف امرأته

رجل قذف امرأته، إن كان القذف في الصحة واللعان والتفريق في المرض، ورثت إذا مات وهي في العدة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، خلافـًا لمحمد وزفر؛ لأن القذف بمعنى تعليق الطلاق بلعانها، وإنه فعل لا بد لها منه؛ لدفع العار والشنار عن نفسها، فأشبه تعليق الطلاق في الصحة بفعلها الذي لا بد لها منه ففعلت في المرض، فعلى هذا الخلاف الذي ذكرنا.

وإن قذفها في المرض ورثت بالإجماع؛ لأن التعليق وجد منه في المرض[(٥)].

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٧، المبسوط (٦/ ١٦٤)، شرح الجامع الصغير (٢/ ٨٢٥)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٥٠)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٥٢).

(٢) سقط، وأثبته من: المحيط البرهاني (٣/ ٤١٣).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٢٢٠)، المحيط البرهاني (٣/ ٤١٣)، فتح القدير (٤/ ١٤٥).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٢٢٠)، المحيط البرهاني (٣/ ٤١٥).

(٥) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٧، المبسوط (٦/ ١٦٤)، بدائع الصنائع=

لو آلى منها وهو صحيح

ولو آلى منها وهو صحيح، فانقضت مدة الإيلاء في المرض، ومات وهي في العدة، لا ترث؛ لأن الإيلاء بمعنى تعليق الطلاق لا بفعل أحد، وإن وجد الإيلاء في المرض ورثت؛ لأنه وجد منه التعليق في المرض[١].

وكل موضع إذا مات وهي في العدة ترث، فإذا مات بعد انقضاء العدة لا ترث؛ لما ذكرنا من الفرق، والله أعلم بالصواب[٢].

* * *

= (٣/ ٢٢٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٢٥)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٥٠)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٥٣).

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٧، شرح قاضي خان (٢/ ٨٢٦)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٥٠)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٥٣).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٧، شرح قاضي خان (٢/ ٨٢٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٥٤)، فتح القدير (٤/ ١٥٧).

باب الرَّجْعَة[١][٢]

الأصل في الرجعة

الأصل فيه: أن الرجعة استدامة النكاح عندنا[٣]، وعند الشافعي إنشاء النكاح من وجه، بناء على أن الطلاق الرجعي بعد الدخول لا يزيل النكاح عندنا من وجه ولا من كل وجه، فلا تمس الحاجة إلى الإنشاء، وعنده يزيل من وجه دون وجه، فتمس الحاجة إلى إنشاء النكاح من وجه[٤].

ومن هذا الخلاف نشأ الخلاف بيننا وبينه في أن الرجعة هل يشترط لها شرائط النكاح من حضرة الشهود، والمهر، ورضا المرأة ؟ عندنا لا يشترط[٥]؛ لأنها ليست بنكاح من وجه ولا من كل وجه، وعنده يشترط؛ لأنه إنشاء النكاح من وجه[٦].

---

(١) الرَّجْعَة: اسم من رَجَع رُجوعـاً ورَجْعَة، وله على امرأته رَجْعة ورِجْعَة بكسر الراء وفتحها، والفتح أفصح، وهي لغة: الإعادة. وشرعـاً: عبارة عن رد الزوج الزوجة وإعادتها إلى النكاح كما كانت بلا تجديد عقد، في العدة لا بعدها، إذ هي استدامة الملك، ولا ملك بعد انقضائها. انظر: طلبة الطلبة ص٥٤، أنيس الفقهاء ص٥٦، الكليات ص٤٧٩، كشاف اصطلاحات الفنون (١/ ٨٤٥).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٨.

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٨١)، البناية شرح (٥/ ٤٥٧).

(٤) انظر: نهاية المطلب (١٤/ ٣٥٣)، تحفة المحتاج (٨/ ١٤٦، ١٤٨، ١٤٩)، نهاية المحتاج (٧/ ٥٧)، حاشية الجمل (٤/ ٣٨٥).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٨١)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٢٨)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٥١).

(٦) عند الشافعية: في القديم يجب الإشهاد في الرجعة، وفي الجديد لا يجب ولكنه يندب إليه، وكذلك رضا المرأة لا يشترط بناء على عدم وجوب الإشهاد كما في الجديد، لكنه يندب إلى ذلك، والمهر لا يجب في الرجعة، وإنما يجب المهر في حال لو وطئها الزوج في عدتها قبل أن يراجعها؛ لأن الرجعة عند الشافعية لا تكون إلا بالقول. انظر: الحاوي الكبير (١٠/ ٣١١، ٣١٥)، نهاية المطلب (١٤/ ٣٤٨، ٣٥٣)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٠/ ٢٤٧، ٢٤٩، ٢٥٤)، أسنى المطالب (/ ٣٤٤)، تحفة المحتاج (٨/ ١٤٨)، مغني المحتاج (٥/ ٥، ١٠).

وإنما سميت الاستدامة رجعة ورداً؛ لأن قبل الطلاق كان بحال لا يزول بثلاثة أقراء، وبعد الطلاق صار بحال يزول، وبالرجعة يعود إلى الحال الأول حتى لا يزول، فسميت رجعة ورداً لهذا المعنى(١).

ما تحصل به الرجعة

والرجعة عندنا تصح بالقول، وهو قوله: راجعتك، أو ما يقوم مقامه من الألفاظ، وبالفعل الذي يختص بملك النكاح، ونعني به أنه يجوز في النكاح ولا يجوز في غيره، كالوطء، والمس بشهوة، والقبلة بشهوة(٢).

والنظر إلى الدبر بشهوة لا يكون رجعة على قياس قول أبي حنيفة؛ لأنه لا يلحق الدبر بالفرج، وعلى قياس قول صاحبيه يكون رجعة؛ لأن هذا الفعل المختص / [١٣٠/ أ] بالملك استدامة النكاح دلالة، فيكون رجعة(٣).

ولهذا يكره مباشرة واحد من هذه الأفعال، أو ما يفضي إليه إذا لم يرد مراجعتها؛ لأنه تقع به الرجعة، وهو لا يريد فيطلقها، فيؤدي إلى تطويل العدة، ولهذا يستحب له إذا أراد أن يدخل بيتاً هي فيه أن يعلمها بخَفْق(٤) نعل ونحوه؛ لتستر، فلا يقع بصره على زينتها فيراجعها وهو لا يريد، فيؤدي إلى تطويل العدة(٥).

---

(١) انظر: المبسوط (٦/ ٢٠)، بدائع الصنائع (٣/ ١٨٠).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٨٣)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٥١)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٥٦).

(٣) لم أقف على من نص على قول أبي يوسف في هذه المسألة، وأما محمد فرجع عن قوله إلى قول أبي حنيفة، كما ذكر ذلك صاحب البدائع، وذكر صاحب الجوهرة أن النظر إلى الدبر لا يكون رجعة بالإجماع، فعلى هذا يتبين أن أبا يوسف يقول بأن النظر إلى الدبر لا يكون رجعة، كما يتأكد بهذا رجوع محمد إلى قول الإمام أبي حنيفة - رحمة الله عليهم أجمعين -. انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٨٢)، الجوهرة النيرة (٢/ ٥٠)، فتح القدير (٤/ ١٥٩).

(٤) خَفْق النعال أي صوتها، من خَفَقَه إذا ضربه بالمِخْفَق، وهو كل شيء عريض. انظر: المغرب في ترتيب المعرب ص١٤٩، المصباح المنير (١/ ١٧٦).

(٥) انظر: المبسوط (٦/ ٢٥)، بدائع الصنائع (٣/ ١٨٢)، المحيط البرهاني (٣/ ٤٢٣)، البناية (٥/ ٤٧٠).

والزوج إذا أخبر بعدم حق الرجعة يقبل قوله إلا إذا صار مكذباً شرعاً[١].

رجل طلق امرأته فليس له أن يسافر بها

فإذا عرف هذا نقول: قال: «رجل طلق امرأته، ليس له أن يسافر بها ما لم يشهد على رجعتها»[٢]؛ لأن المسافَرَة بها تفضي إلى الرجعة من غير إرادة، فيكره له ذلك؛ لما بينا؛ ولأن الله تعالى نهى عن إخراجها بقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾[٣]، وفي المسافرة بها إخراج، ولهذا قلنا ليس له أن يخرجها إلى ما دون السفر لعموم هذا النص. وقال زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ: له أن يسافر بها؛ لأن السفر رجعة دلالة؛ لأنها تختص بالملك وله أن يراجعها، فكذا له أن يسافر بها. [قلنا: لا نسلم أنها تختص بالملك؛ لأن لغير الزوج من ذي الرحم المحرم أن يسافر بها][٤]، ولئن سلمنا أنها رجعة دلالة، لكن لا قوام للدلالة مع الصريح، والخلاف فيمن يصرح بأنه لا يراجعها[٥].

رجل طلق امرأته وهي حامل منه

رجل طلق امرأته وهي حامل منه، فقال: لم أجامعها، فله الرجعة؛ لأنه مكذب شرعاً في قوله لم أجامعها؛ لأن الحمل ثابت النسب منه؛ [لأنه وجد على فراشه، وثبوت النسب منه دليل على تقدم الوطء منه على الطلاق][٦]، وطلاق المدخول بها يعقب الرجعة شرعاً، فكان مكذباً في قوله لم أجامعها شرعاً، وكذلك إذا ولدت؛ لأن الولد ثابت النسب منه، وإنه دليل على أنه وطئها قبل الطلاق، فصار مكذباً شرعاً في قوله لم أجامعها، فتثبت له الرجعة. وتأويل

(١) انظر: تبيين الحقائق (٢/ ٢٥٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٦٨).
(٢) الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٨.
(٣) سورة الطلاق الآية رقم: ١.
(٤) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.
(٥) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٨، شرح قاضي خان (٢/ ٨٣١)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٥٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٧١).
(٦) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

المسألة أنها ولدت قبل الطلاق؛ لأنها لو ولدت بعده تنقضي العدة بولادة الولد، فلا تتصور الرجعة بعد انقضاء العدة(١).

رجل خلا بزوجته ثم طلقها وقال لم اجامعها

رجل تزوج امرأة، وأغلق باباً، وأرخى ستراً، ثم طلقها، وقال: لم أجامعها، فلا رجعة له؛ لأنه لم يصر مكذباً شرعاً في خبره؛ لأن الجماع ليس من ضرورة الخلوة، فإن قيل: بالخلوة يتأكد المهر وتجب العدة، وهما حكمان يتعلقان بالوطء. قلنا: ممنوع، وبيانه وهو أن تأكد المهر يتعلق بتمكينها نفسها من تسليم البدل، وإنه ليس بجماع، والعدة تجب احتياطاً؛ لاحتمال الجماع لا لوجوده(٢).

ولو تزوج امرأة، وخلا بها، ثم طلقها، ثم راجعها، وقال: لم أجامعها، فجاءت بولد لأقل من سنتين بيوم، حُكِم بصحة الرجعة بيوم؛ لأنه صار مكذباً شرعاً في خبره؛ لأن المطلقة طلاقاً رجعياً إذا جاءت بولد / [١٣٠/ ب] لأقل من سنتين، ولم تكن أقرت بانقضاء العدة، ثبت نسب الولد منه، وإنه دليل على أنه وطئها قبل الطلاق شرعاً، فصار مكذباً في قوله لم أجامعها شرعاً، فظهرت صحة الرجعة(٣).

لو قال لامرأته: إن ولدت فأنت طالق

رجل قال لامرأته: إن ولدت [فأنت](٤) طالق، فولدت طلقت، ثم جاءت بولد آخر، صار مراجعاً، سواء جاءت به لأقل من سنتين أو أكثر؛ لأن الولد علق

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٩، شرح قاضي خان (٢/ ٨٣٢)، المحيط البرهاني (٣/ ٤٢٧)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٥٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٦٦).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٩، شرح قاضي خان (٢/ ٨٣٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٦٧).

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٩، شرح قاضي خان (٢/ ٨٣٢)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٥٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٦٨).

(٤) كتبها الناسخ: (وأنت)، والسياق يقتضي ما أثبته.

بوطء حادث بعد الطلاق، فصار رجعة، وذكر في كتاب الدعوى: أن المطلقة طلاقاً رجعياً إذا جاءت بولد، إن جاءت به لأقل من سنتين لم يصر مراجعاً؛ لاحتمال أن العلوق كان بوطء سابق على الطلاق، وإن جاءت به لأكثر من سنتين يصير مراجعاً؛ لأن الولد لا يمكث في البطن أكثر من سنتين، فعلم أن العلوق كان بوطء حادث بعد الطلاق، فصار مراجعاً به(١).

لكن في مسألتنا هذه سقط اعتبار هذا الاحتمال؛ لأنها جاءت بولدين في بطن واحد، وثبوت اتحاد البطن لم يكن، فلا يثبت بالشك؛ لأنه يحتمل أنه لم يكن بين الولدين ستة أشهر، فيكون بطناً واحداً، ويحتمل أنه يكون بينهما ستة أشهر فصاعداً فيتعدد البطن، فلا يثبت الاتحاد بالشك(٢).

لو قال لامرأته: كلما ولدت ولداً فأنت طالق

رجل قال لامرأته: كلما ولدت ولداً فأنت طالق، فولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة، طلقت ثلاثاً؛ لأنها لما ولدت الولد الأول طلقت طلقة واحدة وصارت معتدة، فلما ولدت الثاني دل ذلك على أن الولد الثاني علق بوطء حادث بعد ولادة الأول فصار رجعة، فلما ولدت الثاني وقعت الثانية وصارت معتدة، فولادة الثالث بعد ذلك دلت على أنه وَطِئ بعد ولادة الثاني، فصار رجعة، فوقعت الثالثة بولادة الثالث وصارت معتدة(٣).

---

(١) انظر: الأصل (٨/ ١١٣).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٢٩، شرح الصدر الشهيد ص٣٢٨، شرح قاضي خان (٢/ ٨٣٣)، المحيط البرهاني (٣/ ٤٢٧)، تبيين الحقائق (٢/ ٢٥٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٦٩)، فتح القدير (٤/ ١٧٣).

(٣) انظر: الجامع الصغير شرحه النافع الكبير ص٢٢٩، شرح الصدر الشهيد ص٣٢٩، شرح قاضي خان (٢/ ٨٣٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٤٦٩).

باب العِدَّة[1][2]

الأصل في العدة

الأصل في مسائل أول الباب قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ﴾[3] إلى قوله: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ﴾[4]، وقوله تعالى: ﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖ﴾[5]، [وقوله تعالى][6]: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوۡنَ مِنكُمۡ وَيَذَرُونَ أَزۡوَٰجٗا... الآية﴾[7]، وفي مسائل وسط الباب قوله تعالى: ﴿أَسۡكِنُوهُنَّ مِنۡ حَيۡثُ سَكَنتُم مِّن وُجۡدِكُمۡ﴾[8]، وقوله: ﴿لَا تُخۡرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخۡرُجۡنَ﴾[9]، إلا الخروج للضرورة فإنه مستثنى منها، وفي مسائل آخر الباب ما روي عن أم حبيبة بنت أبي سفيان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: أنها دعت بطيب بعد ثلاثة أيام من موت أبي سفيان، وقالت: «ما لي إلى الطيب حاجة، لكن سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تُحِدَّ على

---

(١) العِدَّة: لغة من العَدَد، وهو الإحصاء، يقال: عدَدْتُ الشيء أي أحصيته. وعِدَّة المرأة أيام أقرائها، مأخوذة من العد والحساب. وقيل: تربصها المدة الواجبة عليها. وشرعاً: تربص يلزم المرأة بزوال النكاح المتأكد بالدخول أو شبهته. وقيل: تربص يلزم المرأة عند زوال ملك المتعة متأكداً بالدخول، أو الخلوة، أو الموت. انظر: مختار الصحاح ص٢٠٢، المصباح المنير (٢/ ٣٩٥)، التعريفات ص١٤٨، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٩٢)، أنيس الفقهاء ص٥٩، كشاف اصطلاحات الفنون (٢/ ١١٦٧).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣٠.

(٣) سورة الطلاق الآية رقم: ٤.

(٤) سورة الطلاق الآية رقم: ٤.

(٥) سورة البقرة الآية رقم: ٢٢٨.

(٦) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٧) سورة البقرة الآية رقم: ٢٣٤.

(٨) سورة الطلاق الآية رقم: ٦.

(٩) سورة الطلاق الآية رقم: ١.

ميت أكثر من ثلاثة أيام، لكن على زوجها أربعة أشهر وعشراً»[١]، والمعنى المستنبط منه[٢].

المعتبر في عدد الطلاق والعدة المرأة لا الرجل

فإذا عرف / [١٣١/أ] هذا نقول: قال: عدد الطلاق معتبر بالنساء عندنا، وكذا العدة[٣]. وعند الشافعي عدد الطلاق معتبر بالرجل، والعدة بالنساء[٤]. بيانه: عدة الحرة في الوفاة إن كانت غير حامل أربعة أشهر وعشراً، وإن كانت حاملاً فبوضع الحمل بالنص سواء كان زوجها حراً أو عبداً[٥].

عدة الحرة والأمة

[وعدة][٦] المطلقة إن كانت حرة من ذوات الأقراء ثلاثة قروء، وكذلك في الفرقة من النكاح الفاسد بعد الدخول، ومن الوطء بشبهة، فإن كانت لا تحيض لصِغَر، أو كِبَر، أو فقد حيض، فعدتها ثلاثة أشهر، سواء كان زوجها حراً أو عبداً؛ لما تلونا[٧].

وعدة الأَمَة على النصف من عدة الحرة في جميع ما ذكرنا فيما يتجزأ كالأشهر، وفيما لا يتجزأ كوضع الحمل تساوي الحرة في ذلك[٨].

---

(١) أخرجه البخاري بنحوه، كتاب الطلاق، باب تُحِدُّ المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً، (٧/ ٥٩)، ومسلم بنحوه، كتاب الطلاق، باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها وغيرها بوضع الحمل، (٢/ ١١٢٣).

(٢) المقصود أن مسائل آخر الباب مبنية على الحديث، وما يستنبط منه.

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣٠، المبسوط (٦/ ٣٩)، شرح الصدر الشهيد ص٣٢٩، شرح قاضي خان (٢/ ٨٣٥).

(٤) انظر: الحاوي الكبير (٩/ ١٩٣)، (١٠/ ٣٠٤)، نهاية المطلب (١٤/ ٣٣٥)، (١٥/ ٢٠٤)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٠/ ٧٤).

(٥) انظر: المبسوط (٦/ ٣١)، الهداية (٢/ ٢٧٥).

(٦) كتبها الناسخ: (وعنده)، وهو تصحيف.

(٧) انظر: المبسوط (٦/ ١٣)، تحفة الفقهاء (٢/ ٢٤٤)، الهداية (٢/ ٢٧٤).

(٨) وإن كانت الأَمَة من ذوات الأقراء، فعدتها حيضتان. انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ٢٤٤)، الهداية (٢/ ٢٧٤).

وبيان قولنا: عدد الطلاق معتبر بالنساء، أن الزوج يملك على الحرة ثلاث طلقات عندنا، سواء كان الزوج حراً أو عبداً، وعلى الأمة طلقتين سواء كان حراً أو عبداً[١]، وعند الشافعي إن كان الزوج حراً يملك على زوجته ثلاث طلقات سواء كانت حرة أو أَمَة، وإن كان عبداً يملك طلقتين سواء كانت الزوجة حرة أو أَمَة[٢]. له: قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الطلاق بالرجال، والعدة بالنساء»[٣]، وقوله: «يطلق العبد ثنتين»[٤]، من غير فصل بين ما إذا كانت الزوجة حرة أو أمة[٥].

---

(١) انظر: المبسوط (٦/ ٣٩)، الهداية (١/ ٢٢٤)، تبيين الحقائق (٢/ ١٩٦).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (٩/ ١٩٣)، نهاية المطلب (١٤/ ٣٣٥)، (١٥/ ٢٠٤)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٠/ ٧٤).

(٣) قال ابن الجوزي: هذا من كلام ابن عباس. وقال الذهبي: يروى عن ابن عباس مرفوعاً، والصواب وقفه. وقال الزيلعي: غريب مرفوعاً. وقال ابن حجر: لم أجده مرفوعاً، وأخرجه ابن أبي شيبة عن ابن عباس بإسناد صحيح، وأخرجه الطبراني عن ابن مسعود موقوفاً، وأخرجه عبد الرزاق موقوفاً أيضاً على عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وابن عباس. قلت: وأخرجه البيهقي في الكبرى موقوفاً على زيد بن ثابت وعبد الله بن مسعود وابن عباس وعلي بن أبي طالب - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أجمعين -. انظر: مصنف عبد الرزاق، كتاب الطلاق، باب طلاق الحرة، (٧/ ٢٣٤-٢٣٥)، مصنف ابن أبي شيبة، كتاب الطلاق، من قال الطلاق بالرجال والعدة بالنساء، (٤/ ١٠١)، المعجم الكبير للطبراني (٩/ ٣٣٧)، السنن الكبرى للبيهقي، كتاب الرجعة، باب ما جاء في عدد طلاق العبد ومن قال الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ومن قال هما جميعاً بالنساء، (٧/ ٦٠٤، ٦٠٧)، التحقيق في مسائل الخلاف (٢/ ٢٩٩)، تنقيح التحقيق للذهبي (٢/ ٢١٣)، نصب الراية (٣/ ٢٢٥)، الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ٧٠).

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه مرفوعاً عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، بلفظ: "يطلق العبد تطليقتين، وتعتد حيضتين"، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره، (٥/ ٧٢)، وأخرجه البيهقي في الكبرى عن عائشة أيضاً مرفوعاً، بلفظ: "طلاق العبد اثنتان"، كتاب الرجعة، باب ما جاء في عدد طلاق العبد ومن قال الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ومن قال هما جميعاً بالنساء، (٧/ ٦٠٦). والحديث إسناده ضعيف؛ لأن فيه مظاهر بن أسلم. قال أبو حاتم: منكر الحديث، ضعيف الحديث، مع أنه لا يعرف. وقال الزيلعي: مظاهر ضعيف. انظر: الجرح والتعديل لابن أبي حاتم (٨/ ٤٣٩)، نصب الراية (٣/ ١٧٥).

(٥) انظر: الحاوي الكبير (٩/ ١٩٣)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٠/ ٧٤).

ولنا: قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[1]، أي لإظهار عدتهن، به أمر النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا حيث قال له: «إنما السنة أن تستقبل [الطهر][2] استقبالاً، فتطلقها في كل طهر طلقة واحدة»[3]، وهذا لا يستقيم إلا على مذهبنا، فإن عند الشافعي إذا كانت الحرة تحت عبد لا يمكنه أن يطلقها ثلاثـًا للسنة، وبهذا حاجَّ عيسى بن أَبَان الشافعي، قال له: أرأيت إذا كانت تحت حر أمة، وأراد أن يطلقها ثلاثـًا للسنة، كيف يصنع ؟ قال: يطلقها واحدة في طهر لم يجامعها فيه، ثم يدعها حتى تحيض وتطهر، ثم [يطلقها][4] ثانية، ثم يدعها حتى تحيض وتطهر، ثم يطلقها ثالثة. فقال: أَنْعِم النظر[5] يا شيخ، فقد انقضت عدتها بحيضتين. فقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: يرسل الثلاث جملة[6].

وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: « طلاق الأمة ثنتان، وعدتها حيضتان »[7]، من غير فصل بين ما إذا كانت تحت حر أو عبد، وما رواه الشافعي مجمل[8]، فإنه ألصق

---

(١) سورة الطلاق الآية رقم: ١.

(٢) كتبها الناسخ: (العدة)، ولم أقف عليها خلال بحثي لألفاظ الحديث، وما أثبته هو الوارد.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) كتبها الناسخ: (طلقها)، والسياق يقتضي ما أثبته.

(٥) أَنْعِم النظر: من أنْعَم النظر في الشيء، إذا أطال التفكر فيه. انظر: لسان العرب (١٢/ ٥٨٦)، تاج العروس (٣٣/ ٥١٢).

(٦) انظر: المبسوط (٦/ ٤٠)، تبيين الحقائق (٢/ ١٩٧)، فتح القدير (٣/ ٤٩٢)، البحر الرائق (٣/ ٢٦٩).

(٧) أخرجه ابن ماجه بلفظه عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، كتاب الطلاق، باب في طلاق الأمة وعدتها، (١/ ٦٧٢). قال ابن الجوزي: هذا حديث لا يثبت. وقال ابن الملقن: هذا حديث ضعيف؛ لأن في إسناده عمر بن شبيب وعطية العوفي، وهما واهيان. وكذلك ضعفه ابن حجر. انظر: التحقيق في مسائل الخلاف (٢/ ٣٠٠)، البدر المنير (٨/ ٩٩)، التلخيص الحبير (٣/ ٤٢٩).

(٨) المجمل: لغة المجموع، وجملة الشيء مجموعه، ومنه أجمل الحساب إذا جمعه، ومنه المجمل في مقابلة. والمجمل في عرف الأصوليين: هو ما خفي المراد منه بنفس اللفظ، خفاء =

الطلاق بالرجال بحرف الإلصاق، وإنه لا يفيد إلا بإدراج شيء، فهو يدرج الاعتبار، فيصير تقديره الطلاق معتبر بالرجال، ونحن ندرج الإيقاع، فيصير تقديره إيقاع الطلاق بالرجال، ولا يُدرَى أيهما المراد ؟ فكان مجملاً، والتعلق بالمجمل / [١٣١/ ب] لا يصح قبل ورود البيان، على أنا نحمله على إيقاع الطلاق؛ لأنه اللائق بحاله، ولأنه الثابت بالإجماع؛ لأن إيقاع الطلاق إلى الرجال بالإجماع(١)(٢).

وقوله: «يطلق العبد ثنتين»، إخبار عن فعله، وإنه لا يقتضي الاقتصار عليه، فإنه إذا قيل: العبد يأكل لقمة، لا يفهم منه أنه لا يأكل أكثر منها، وما روينا شرع(٣).

ومعنى قوله: «طلاق الأمة ثنتان»، أي الطلاق المشروع في حق الأمة ثنتان، وإنه يقتضي الاقتصار عليه؛ لأن غير المشروع ليس بمشروع(٤).

امرأة قالت: انقضت عدتي، وكذبها الزوج

امرأة قالت: انقضت عدتي، وكذَّبها الزوج، فالقول قولها؛ لأنها أمينة في الإخبار عما في رحمها؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ﴾(٥)، والقول قول

= لا يدرك بالعقل بل ببيان من المجمل. وقيل: هو اللفظ المتردد بين محتملين فصاعداً على السواء. وقيل: ما لا يفهم منه عند الإطلاق معنى. انظر: شرح مختصر الروضة (٢/ ٦٤٧)، كشاف اصطلاحات الفنون (٢/ ١٤٧٤).

(١) انظر: موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي ص٧٦٧.

(٢) انظر: المبسوط (٦/ ٣٩)، بدائع الصنائع (٣/ ٩٧)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٢٣)، تبيين الحقائق (٢/ ١٩٦).

(٣) هكذا وردت، ويبدو أن قصد الشارح هو أن القائلين بالقول الآخر لما استدلوا لمذهبهم بدليل شرعي، واعترض الشارح على دليلهم الشرعي بالعقل واللغة لم يكن ذلك رداً للشرع، ولكن لأن ما أورده الشارح من اعتراض دل عليه الدليل الشرعي أيضاً، فيكون تقدير الكلام: وما روينا هو دليل شرعي يؤكد صحة ما ذهبنا إليه. انظر: المبسوط (٦/ ٣٩)، بدائع الصنائع (٣/ ٩٧).

(٤) انظر: المبسوط (٦/ ٣٩)، بدائع الصنائع (٣/ ٩٧)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٢٣).

(٥) سورة البقرة الآية رقم: ٢٢٨.

الأمين مع اليمين إذا اتُّهم في خبره، كالمودع إذا أخبر بهلاك الوديعة، فكذبه المودع، فالقول قوله مع يمينه، كذا هذه(١).

امرأة طلقها زوجها ولم

امرأة طلقها زوجها، وقد أتت عليها ثلاثون سنة(٢) ولم تحض، فعدتها بالشهور؛ لقوله تعالى: ﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ﴾(٣)(٤).

صبي مات عن امرأته وهي حامل

صبي مات عن امرأته وهي حامل، فعدتها بوضع الحمل؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾(٥)، من غير فصل بين ما إذا كان الزوج صبياً وبين ما إذا كان بالغاً، وإن حدث الحمل بعد الموت، فعدتها بالشهور؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا﴾(٦)؛ لأنه لما مات وهي حائل وجبت العدة بالأشهر، فلا يعتبر بحدوث الحبل بعده، والنسب لا يثبت منه في الوجهين، أما إذا كانت حاملاً حين مات؛ فلأن الحمل وإن وجد في نكاحه لكن ملك النكاح إنما يلحق بالوطء في موضع يتصور الماء منه، والماء لا يتصور من صبي لم يراهق، وكذا إذا حدث [الحمل بعد الموت](٧)؛ لأنا نعلم أنها لم تعلق منه(٨). وقال الشافعي: عدتها بالأشهر في الوجهين؛ لأن النسب لم

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣٠، شرح قاضي خان (٢/ ٨٣٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦١١).

(٢) قال صاحب التبيين عن تحديد السن بالثلاثين عند ذكره للمسألة: كأنه وقع اتفاقاً لا على وجه الاشتراط. انظر: تبيين الحقائق (٣/ ٢٧).

(٣) سورة الطلاق الآية رقم: ٤.

(٤) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣٠، بدائع الصنائع (٣/ ١٩٥)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٣٥)، تبيين الحقائق (٣/ ٢٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٩٦).

(٥) سورة الطلاق الآية رقم: ٤.

(٦) سورة البقرة الآية رقم: ٢٣٤.

(٧) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٨) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، أما عند أبي يوسف فعدتها في الوجهين بالأشهر، أربعة أشهر=

يثبت من الميت، فتعتد بالأشهر كما إذا حبلت بعد الموت[١]. قلنا: هذا قياس في مقابلة الكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[٢]، فلا يكون حجة، وهذه الآية متأخرة عن قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ﴾[٣]، فإن ابن مسعود رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ قال: «من شاء باهلته عند الحجر الأسود أن سورة النساء القصرى نزلت بعد قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا﴾[٤]»[٥]، فصار مبيناً أن المراد من قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا﴾[٦]، [أي][٧] غير حاملات[٨].

وعن أبي يوسف [ومحمد][٩] رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: رجل مات عن امرأة، فتزوجت بعد أربعة أشهر وعشر، فجاءت بولد لأكثر من سنتين، لم يثبت النسب[١٠]؛ لأنها إذا

= وعشراً مثل قول الشافعي - رحمة الله عليهم أجمعين -. انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣٠، شرح قاضي خان (٢/ ٨٣٥)، المحيط البرهاني (٣/ ٤٦٣)، تبيين الحقائق (٣/ ٣٠)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٠٥).

(١) انظر: الأم (٥/ ٢٣٥)، الحاوي الكبير (١١/ ١٨٩)، نهاية المطلب (١٥/ ١٧٠)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (١١/ ٤٠).

(٢) سورة الطلاق الآية رقم: ٤.

(٣) سورة البقرة الآية رقم: ٢٣٤.

(٤) سورة البقرة الآية رقم: ٢٣٤.

(٥) أخرجه البخاري بنحوه، كتاب تفسير القرآن، باب ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا﴾، (٦/ ٣٠).

(٦) سورة البقرة الآية رقم: ٢٣٤.

(٧) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٨) انظر: المبسوط (٦/ ٥٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٣٥)، المحيط البرهاني (٣/ ٤٦٣)، تبيين الحقائق (٣/ ٣٠)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٠٥).

(٩) سقط، وأثبته من: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣١.

(١٠) لا يثبت النسب أي من الزوج الأول الذي مات. انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٢١٥)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٣٦).

لم تتزوج فجاءت بولد لأكثر من سنتين لا يثبت النسب، فإذا تزوجت أولى، وكذا إذا تزوجت بعد أربعة أشهر وعشر ثم جاءت بولد لستة أشهر لا يثبت النسب(١)/ [١٣٢/ أ] مع أنها جاءت به لأقل من سنتين، فلأن لا يثبت إذا جاءت به لأكثر من سنتين أولى(٢)، ولو لم تتزوج أصلًا فجاءت به لأكثر من سنتين لا يثبت النسب بالإجماع(٣).

وهل تنقضي العدة بوضع الحمل؟

عند أبي حنيفة ومحمد لا تنقضي، وعند أبي يوسف تنقضي. وأصل هذه وهو أن المبتوتة إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين لا يثبت النسب ولا تنقضي العدة به عند أبي حنيفة ومحمد، بل تنقضي بالأقراء، وترد نفقة ستة أشهر، وعند أبي يوسف تنقضي ولا ترد شيئًا من النفقة(٤).

فإذا عرف هذا في المبتوتة، فكذا في المتوفى عنها زوجها، إلا أن في المتوفى عنها زوجها لا يستقيم تفريع رد النفقة؛ لأن نفقتها في مالها(٥).

---

(١) المراد هنا أيضًا أن النسب لا يثبت من الزوج الأول. انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٢١٥).

(٢) قال قاضي خان: وأبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ لا يخالفهما في هذا، إنما لم يذكر قوله؛ لأنه لم يحفظ جوابه. انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٨٣٦).

(٣) أي بإجماع أئمة المذهب. انظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٩٨، ٢١٤، ٢١٥)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٣٦).

(٤) وجه قول أبي حنيفة ومحمد بأن عليها أن ترد نفقة ستة أشهر: هو أن الحمل ثبت أنه لم يكن من زوجها الباتِّ لها، وإنما هو حاصل بوطء من رجل آخر، فتصبح كأنها تزوجت زوجًا آخر بعد انقضاء عدتها، وحصل الحمل من الزوج الثاني، فيلزمها رد ما أخذت من الأول بعد انقضاء عدتها، وقد تقينا حصول الحمل من ستة أشهر؛ لأن هذه المدة أقل مدة يمكن أن يتم بها الحمل، وشككنا فيما زاد عن هذه المدة، فيلزمها أن ترد نفقة ما تيقناه وهو الستة أشهر. وأما أبو يوسف فيرى أن النفقة ثبتت بيقين فلا تزول بالشك. انظر: المبسوط (٦/ ٤٦)، شرح قاض خان (٢/ ٨٣٧)، تبيين الحقائق (٣/ ٤٠)، فتح القدير (٤/ ٣٥٣).

(٥) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٨٣٧).

حرية خرجت إلى دار الإسلام مهاجرة

حربية خرجت إلى دار الإسلام مهاجرة، وتركت زوجها في دار الحرب، تقع الفرقة بتباين الدارين عندنا، ولا تجب عليها العدة عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه تجب؛ لأن هذه فرقة عن نكاح صحيح فتجب العدة، كالفرقة بغيره من الأسباب. قلنا: هذا قياس في مقابلة النص، وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ إِذَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّۚ وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾(١)، وفي إيجاب العدة عليها تمسك بعصمتهن.

فإن تزوجها مسلم جاز إن كانت حائلاً؛ للنص الذي تلونا، وإن كانت [حاملاً](٢) لا يجوز؛ لأن الحمل ثابت النسب من غيره، وعن محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه يجوز نكاحها، ولا يقربها حتى تضع، والأول أصح(٣).

أين تعتد المرأة؟

والمطلقة، أو المتوفى عنها زوجها، تعتد في بيت زوجها الذي كانت تسكن معه فيه يوم طلق أو مات عنها؛ لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم﴾(٤)، وهذا دليل على أن سكناها على الزوج؛ لأنه [أُمِر](٥) بإسكانها، والأمر للوجوب، ولا تخرج حتى تنقضي العدة؛ لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾(٦)، وهذه الإضافة إضافة سكنى لا إضافة ملك؛ لأن الملك للزوج(٧).

---

(١) سورة الممتحنة الآية رقم: ١٠.

(٢) كتبها الناسخ: (حالًا)، وهو خطأ واضح، وما أثبته من: شرح قاضي خان (٢/ ٨٣٧).

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣١، شرح قاضي خان (٢/ ٨٣٧)، الهداية (٢/ ٢٧٧)، تبيين الحقائق (٣/ ٣٤).

(٤) سورة الطلاق الآية رقم: ٦.

(٥) كتبها الناسخ: (أمره)، والسياق يقتضي ما أثبته.

(٦) سورة الطلاق الآية رقم: ١.

(٧) انظر: الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٧٨)، تبيين الحقائق (٣/ ٣٦)، الجوهرة النيرة (٢/ ٨٠)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٢٦).

وإن كانت معتدة من طلاق رجعي، فلا حاجة إلى أن يجعل بينهما حائلاً؛ لأن الطلاق الرجعي لا يحرم الوطء ولا يزيل النكاح.

وإن كانت العدة من طلاق بائن أو ثلاث، جعلت بينهما حائلاً؛ لأنها حرمت عليه، هذا إذا كان معترفاً بالحرمة ومأموناً عليها، وإن كان منكراً أو فاسقاً لا يؤمن منه عليها، إن أمكن أن يجعل بينهما امرأة [ثقة][1] تقدر على الحيلولة بينهما فحسن، وإلا فالأولى أن يخرج الزوج ويسكن في غيره حتى تعتد هي فيه، وإلا تخرج هي إلى منزل آخر؛ لأن الخروج للعذر مستثنى من النص، ولا تخرج من ذلك المنزل حتى تعتد؛ لأن الخروج كان لضرورة، ولا ضرورة في الخروج من الثاني، فإن ضاق بهما المنزل فالأولى / [١٣٢/ ب] أن يخرج الرجل، وإن لم يخرج تخرج المرأة؛ لما ذكرنا أن الخروج للعذر مستثنى، فإن عمر الفاروق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لما استشهد نقل علي - كرم الله وجهه - بنته أم كلثوم من داره؛ لأنه كان يسكن دار الإمارة[2].

وكذا إذا خافت على نفسها ومالها من السرقة والغارة، فلها أن تخرج؛ لما بينا[3].

وأما المتوفى عنها زوجها، فلها أن تخرج نهاراً لمعاشها؛ لأن نفقتها على نفسها، ولا تبيت في غير منزل زوجها؛ لأن الضرورة في الخروج نهاراً لا ليلاً[4].

---

(١) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الطلاق، باب أين تعتد المتوفى عنها، (٧/ ٣٠)، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الطلاق، من رخص للمتوفى عنها زوجها أن تخرج، (٤/ ١٥٦)، والبيهقي في الكبرى، كتاب العدد، باب من قال: لا سكنى للمتوفى عنها زوجها، (٧/ ٧١٦).

(٣) انظر: المبسوط (٦/ ٣٦)، بدائع الصنائع (٣/ ٢٠٥ - ٢٠٦)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٣٨)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٧٨)، تبيين الحقائق (٣/ ٣٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٢٨).

(٤) انظر: المبسوط (٦/ ٣٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٣٨)، تبيين الحقائق (٣/ ٣٧)، البناية (٥/ ٦٢٦).

وعن محمد: لها أن تغيب عن منزلها دون نصف الليل؛ لأن البيتوتة عبارة عن الكينونة فيه أكثر من نصف الليل[١]، بخلاف المطلقة حيث لا تخرج لا ليلًا ولا نهاراً؛ لأن نفقتها على زوجها، حتى إنها لو اختلعت على نفقة عدتها، قيل: لها أن تخرج نهاراً للمعاش، كالمتوفى عنها زوجها. وقيل: ليس لها أن تخرج؛ لأن النفقة إنما سقطت؛ لتفريطها، فتجعل قائمة في حقها[٢]، وكذا إذا اختلعت على أن لا سكنى لها، تبطل مؤونة السكنى عن الزوج[٣].

لو سافرت مع زوجها فمات زوجها في الطريق

وإن خرجت مع زوجها إلى مكة، فطلقها في بعض الطريق، أو [مات][٤] في غير مصر، إن كان بينها وبين موطنها دون مسيرة السفر، وبينها وبين مقصدها مثل ذلك، إن شاءت مضت، وإن شاءت رجعت؛ لأنه ليس في كل واحد منهما إنشاء سفر، لكن الرجوع أولى؛ لتقع العدة في منزل الزوج، كما أمر الله تعالى به.

وإن كان بينها وبين مقصدها مسيرة سفر، وبينها وبين وطنها دون ذلك، رجعت؛ لأن في المضي إنشاء سفر، وليس في الرجوع ذلك، وإن كان على القلب تمضي؛ لأنه ليس في المضي إنشاء سفر، وفي الرجوع ذلك. وإن كان بينها وبين مقصدها مسيرة سفر، وبينها وبين وطنها كذلك، إن كان ذلك الموضع لا يصلح للإقامة خرجت إلى موضع يصلح [للإقامة][٥]، فتعتد فيه؛ لمكان العذر، وإن كان موضعاً يصلح للإقامة لا تخرج بل تعتد فيه عند أبي حنيفة، سواء كان معها ذو رحم محرم منها أو لم يكن، وعند صاحبيه تخرج بمحرم، كما في دون السفر.

---

(١) انظر: المبسوط (٦/ ٣٣)، فتح القدير (٤/ ٣٤٣).

(٢) وهذا هو الأصح. انظر: حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٣٥).

(٣) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٨٣٨)، تبيين الحقائق (٣/ ٣٧)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٣٥).

(٤) كتبها الناسخ: (ما)، وما أثبته من: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣٢.

(٥) كتبها الناسخ: (للإمامة)، وهو تصحيف، والسياق يقتضي ما أثبته.

ولنا: أن العدة أمنع من عدم ذي الرحم المحرم؛ لأن العدة تمنع من الخروج إلى ما دون السفر، كما تمنع إلى السفر، وعدم ذي الرحم المحرم لا يمنع الخروج إلى ما دون السفر، فإذا كانت أمنع من عدم المحرم، ثُمَّ عدم المحرم يمنع عن هذا الخروج، فالعدة أولى[١].

من يلزمها الحداد؟

المتوفى عنها زوجها يلزمها الحداد في عدتها؛ لحديث أم حبيبة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا الذي روينا في أصل الباب، والمبتوتة / [١٣٣/ أ] في عدتها [بمعناها][٢]، فإن الحداد إنما لزم ثَمَّ؛ لإظهار الحزن على فوت نعمة النكاح؛ لأن النكاح بسبب من إدرار النفقة عليها، والقيام بمصالحها، وتحصين دينها، وهذه نعم جليلة، والنعمة تناسب الشكر، وفواتها يناسب الحزن، والمبتوتة شاركت المتوفى عنها زوجها في هذا المعنى، فتشاركها في الحكم، فإنْ بيَّن الشافعي - رحمة الله عليه - معنىً آخر لا يضرنا، بعد أن كان ما ذكرنا [و][٣] بيَّنا شيئاً مؤثراً؛ لجواز أن يكون الأصل معلولاً بعلتين، إحداهما قاصرة، والأخرى متعدية، فيتعدى الحكم من الأصل إلى الفرع بالمتعدية دون القاصرة، والمعنى الذي ذكره الشافعي في عدم لزوم الحداد على المبتوتة قاصر، فإنه قال: إنما لزم الحداد ثَمَّ؛ إظهاراً للحزن على حسن عشرة الزوج، ولم يوجد في محل النزاع؛ لأن الزوج ما أحسن عشرتها، بل أساء حيث أوحشها بالطلاق[٤]. **والعلة القاصرة فاسدة**؛ لأنها لا تفيد؛ لأن

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣٢، شرح الصدر الشهيد ص٣٣٢، شرح قاضي خان (٢/ ٨٤٠)، تبيين الحقائق (٣/ ٣٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٢٩)، فتح القدير (٤/ ٣٤٦).

(٢) كتبها الناسخ: (بمعناه)، والسياق يقتضي ما أثبته.

(٣) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٤) ذهب فقهاء الشافعية إلى أن في وجوب الإحداد على المبتوتة قولان، الأول: وهو القديم أنه يجب عليها الإحداد. الثاني: وهو الجديد أنه لا يجب عليها، وإنما يستحب لها الإحداد.=

الحكم يثبت في المنصوص عليه بعين النص، وفي غيره بمعناه، فإذا لم يكن المعنى متعدياً لم يكن مفيداً؛ لأن فائدته إعلام الحكم، والحكم عرف بالنص في المنصوص عليه، فلا حاجة إلى المعنى للإعلام، لكن لزوم الحداد ثلاثة أيام لحق الزوج، وفيما عداها لحق الشرع؛ إظهاراً لخطر النكاح؛ لأن حق الزوج لا يربو[1] على حق الأب، وحق الأب يتأدى بثلاثة أيام، فحق الزوج أولى؛ لأن أثر المصيبة مقدر بثلاثة أيام[2]. وسواء كان المتوفى عنها زوجها أو المبتوتة، حرة، أو أمة، أو مكاتبة؛ لأن المعنى يجمع الكل، والخطاب متوجه عليهن[3].

تعريف الحداد

والحداد في اللغة: عبارة عن السواد، يقال: أَحَدَّ الليل إذا اسود[4]، وفي الشرع: عبارة عن ترك الزينة[5]، سمي به؛ لأنه بسبب منه، وذلك أن تجتنب الطيب، والدهن، والكحل، ولبس المطيب، والمزعفر[6]، والمعصفر[7]، إلا لحاجة،

= انظر: الأم (٥/ ٢٤٦)، الحاوي الكبير (١١/ ٢٧٣، ٢٧٥)، نهاية المطلب (١٥/ ٢٤٥)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (١١/ ٧٨)، روضة الطالبين (٨/ ٤٠٥)، مغني المحتاج (٥/ ١٠٠).

(١) يربو: من رَبَا يرْبو رُبُواً ورِباء، إذا زاد ونما، والمراد هنا لا يربو أي لا يزيد. انظر: لسان العرب (١٤/ ٣٠٤)، المصباح المنير (١/ ٢١٧).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣٣، المبسوط (٦/ ٥٨)، بدائع الصنائع (٣/ ٢٠٩)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٤١)، تبيين الحقائق (٣/ ٣٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦١٧)، فتح القدير (٤/ ٣٣٦).

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣٣، المبسوط (٦/ ٥٩)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٤٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٢٢).

(٤) أصل الحِداد من الحَد، وهو المنع، والحاجر بين الشيئين، والحِداد: ثياب المأتم السود. انظر: مختار الصحاح ص٦٨، لسان العرب (٣/ ١٤٣).

(٥) انظر: تبيين الحقائق (٣/ ٣٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٢٠).

(٦) المزعفر: هو الثوب المصبوغ بالزعفران. انظر: المصباح المنير (١/ ٢٥٣).

(٧) المعصفر: الثوب المصبوغ بالعصفر. انظر: المصباح المنير (٢/ ٤١٤).

فإن اللازم لا لترك دفع الحاجة، حتى إنها إذا لم تجد إلا ثوباً مصبوغاً بالعصفر تلبسه، ولا تقصد به الزينة، وكذلك إذا كان ترك الادهان يضرها تَدَّهن، ولا تقصد الزينة، ولا تتزين، ولا تتشوف، ولا تمتشط، ولا تلبس حلياً، ولا خَزاً[(١)]، ولا حريراً، ولا قصباً[(٢)(٣)]. وعن أبي يوسف - رحمة الله عليه - تلبس الحرير والقصب لحاجة ولا تقصد به الزينة؛ لما بينا[(٤)].

ولا يلزم المطلقة طلاقاً رجعياً؛ لأنه إنما يلزم لإظهار الحزن على فوت نعمة النكاح، ولم يوجد في حقها؛ لأن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح ولا يحرم الوطء[(٥)].

وكذلك لا يلزم المعتدة عن نكاح فاسد؛ لأن النكاح الفاسد ليس بنعمة[(٦)]. وكذا لا يلزم الصبية، والمعتوهة، والذمية؛ / [١٣٣/ب] لأن الخطاب لا يتوجه عليهن[(٧)]. وكذا لا يلزم أم الولد في عدتها إذا أعتقها المولى، أو مات

---

(١) الخَزُّ: اسم دابة، ثم سمي الثوب المتخذ من وبره خزاً. انظر: المغرب في ترتيب المعرب ص١٤٤، المصباح المنير (١/ ١٦٨).

(٢) القصب: ثياب من كتان ناعمة، واحدها قَصَبِيّ. انظر: المصباح المنير (٢/ ٥٠٤).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٢٠٨)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٤٢)، تبيين الحقائق (٣/ ٣٤)، فتح القدير (٤/ ٣٣٩).

(٤) انظر: المبسوط (٦/ ٥٩)، بدائع الصنائع (٣/ ٢٠٨)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ٥٣١).

(٥) انظر: المبسوط (٦/ ٥٩)، بدائع الصنائع (٣/ ٢٠٩).

(٦) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٢٠٩)، تبيين الحقائق (٣/ ٣٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٢٣).

(٧) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٢٠٩)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٤٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٢٢).

عنها؛ لأنه هذه العدة ما وجبت لـزوال النكاح؛ لأنه لا نكاح، وإنما وجبت لزوال الفراش[1].

❋ ❋ ❋

(١) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٨٤٤)، تبيين الحقائق (٣/ ٣٥)، الجوهرة النيرة (٢/ ٧٩)، البناية (٥/ ٦٢٢).

باب ثبوت النسب[1]

الأصل في
ثبوت النسب

الأصل فيه: أن الولد متى ولد على فراش رجل ثبت نسبه منه؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الولد للفراش، وللعاهر الحجر»[٢]، والفراش يثبت بالنكاح ويبقى ما بقيت العدة[٣].

والمعتدة إذا جاءت بولد إلى سنتين، ولم تقر بانقضاء العدة يثبت النسب؛ لأن الظاهر أنها إنما لم تقر لقيام الحمل بها، وإن جاءت به لأكثر من سنتين لا يثبت إلا في المعتدة من طلاق رجعي؛ لأن الولد لا يمكث في البطن أكثر من سنتين؛ لقول عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا: «لا يمكث الولد في البطن أكثر من سنتين ولو بِفَلْكَة مِغْزَل[٤]، ولا يخرج من البطن لأقل من ستة أشهر ولو بِفَلْكَة مِغْزَل»[٥]، وهذا لا يدرك قياسًا، وإنما يدرك سماعًا، فصار إرسالها كإسنادها إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. يؤيده قوله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾[٦]، فجُعِل للفصال حولين؛

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣٤.

(٢) أخرجه البخاري عن عائشة وأبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا، كتاب الحدود، باب للعاهر الحجر، (٨/ ١٦٥)، ومسلم عنهما أيضًا، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، (٢/ ١٠٨٠-١٠٨١).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٢١١)، (٦/ ٢٤٢).

(٤) فَلْكَة مِغْزَل: أي ولو بِدَوْر فَلْكَة مِغْزَل، وهو مَثَل في الدَّوَران، والغرض لقليل المدة. انظر: المغرب في ترتيب المعرب ص٣٦٦.

(٥) أخرجه الدارقطني في سننه بلفظ: "ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين ولا قدر ما يتحول ظل عود المغزل"، كتاب النكاح، باب المهر، (٤/ ٤٩٩)، والبيهقي في الكبرى بلفظ الدارقطني، كتاب العدد، باب ما جاء في أكثر الحمل، (٧/ ٧٢٨). قال ابن الملقن: في إسناده جميلة بنت سعد لا يدرى من هي. انظر: البدر المنير (٨/ ٢٢٧).

(٦) سورة الأحقاف الآية رقم: ١٥.

لقوله تعالى: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِي عَامَيْنِ﴾[١]، فتعين للحمل ستة أشهر، وهذا المعنى استنبطه حبر الأمة وفارس القرآن ابن عباس -رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا-[٢].

بخلاف المعتدة من طلاق رجعي حيث يثبت النسب إذا جاءت به لأكثر من سنتين ويصير مراجعاً؛ لأن الطلاق الرجعي لا يحرم الوطء، فأمكن أن يجعل من وطء حادث بعد الطلاق، بأن يمتد طهرها فيطؤها في آخر الطهر، فيكون رجعة[٣].

وإن جاءت به لأقل من سنتين يثبت النسب ولا يصير مراجعاً؛ لاحتمال العلوق قبل الطلاق؛ لأن الولد يمكث في البطن إلى سنتين[٤].

وإن أقرت بانقضاء العدة، فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ أقرت يثبت النسب؛ لأنه ظهر كذب إقرارها؛ لأنه ظهر أنها كانت حاملاً، وأن انقضاء

---

(١) سورة لقمان الآية رقم: ١٤.

(٢) أخرجه عبد الرزق في مصنفه بلفظ: أن ابن عباس قال: "إني لصاحب المرأة التي أُتِي بها عمر وضعت لستة أشهر، فأنكر الناس ذلك، فقلت لعمر: لِمَ تَظْلِم؟ فقال: كيف ؟ قال: قلت له: اقرأ: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾، وقال: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾، كم الحول ؟ قال: سنة. قال: قلت: كم السنة ؟ قال: اثنا عشر شهراً. قال: قلت: فأربعة وعشرون شهراً، حولان كاملان ويؤخر من الحمل ما شاء الله ويقدم. فاستراح عمر إلى قولي". وأخرجه أيضاً بلفظ آخر: عن قائد لابن عباس قال: "كنت مع ابن عباس، فأُتِي عثمان بامرأة وضعت لستة أشهر، فأمر عثمان برجمها، فقال له ابن عباس: إن خاصَمَتْكُم بكتاب الله فَخَصَمَتْكُم، قال الله عز وجل: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾، فالحمل ستة أشهر والرضاع سنتان. قال: فدُرِئ عنها". انظر: مصنف عبد الرزاق، كتاب الطلاق، باب التي تضع لستة أشهر، (٧/ ٣٥١-٣٥٢).

(٣) انظر: المبسوط (٦/ ٤٤)، بدائع الصنائع (٣/ ٢١١)، الهداية (٢/ ٢٨٢)، تبيين الحقائق (٣/ ٤٥).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٢١١).

عدتها كان موقوفاً على وضع الحمل؛ لما بينا أن الولد لا يخرج من البطن لأقل من ستة أشهر، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً لا يثبت؛ لأنه لم يظهر كذب إقرارها؛ لاحتمال العلوق بعد الإقرار[1].

الأصل في إضافة العلوق إلى الزمن

والعلوق متى أمكن إضافته إلى أقرب الأوقات لا يضاف إلى أبعدها؛ لأن في الزيادة على الأقرب شكاً، ومتى تعذر يضاف إلى أبعدها حملاً لأمر المسلم على الصحة[2].

لو وقع التناكر في النسب أو الولادة

ومتى وقع التناكر في ثبوت النسب لا يثبت [إلا][3] بشهادة رجلين، أو [رجل][4] وامرأتين. ومتى وقع في الولادة وتعيين الولد يثبت بشهادة القابلة[5]، والقول قول من يشهد له الظاهر[6].

امرأة جاءت بولد فاختلفت مع زوجها في وقت بداية الزواج

إذا عرف هذا نقول: / [١٣٤/أ] قال: منكوحة رجل جاءت بولد، فقال الزوج: تزوجتك منذ أربعة أشهر، وقالت المرأة: تزوجتني منذ ستة أشهر، فالقول قولها؛ لأن الظاهر يشهد لها؛ لأن الظاهر الولادة من نكاح لا من سفاح. وهل تستحلف ؟ على قياس قول أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ لا تستحلف، وعلى قياس قول صاحبيه تستحلف؛ لأن الخلاف وقع في النسب أو في النكاح، وفي أيهما كان لا يجري الاستحلاف فيه عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه[7].

---

(١) انظر: المبسوط (٦/ ٤٩)، بدائع الصنائع (٣/ ٢١١).

(٢) انظر: البحر الرائق (٤/ ١٧٠).

(٣) كتبها الناسخ: (لا)، وما أثبته من: المبسوط (٦/ ٤٨).

(٤) كتبها الناسخ: (رجلين)، وما أثبته من: المبسوط (٦/ ٤٨).

(٥) القابِلة: من النساء معروفة، وهي التي تلي أمر الولادة. يقال: قَبِلَت القابلة المرأة تَقْبَلُها قِبَالة بالكسر إذا قَبِلَت الولد، أي تلقته عند الولادة. انظر: مختار الصحاح ص٢٤٦.

(٦) انظر: المبسوط (٦/ ٤٨)، بدائع الصنائع (٣/ ٢١٥)، الهداية (٢/ ٢٨١)، تبيين الحقائق (٣/ ٤٣).

(٧) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣٤، شرح الصدر الشهيد ص٣٣٣، شرح=

رجل تزوج أمة فطلقها بعد الدخول

رجل تزوج أَمَة، فطلقها بعدما دخل بها، ثم اشتراها، ثم جاءت بولد، إن جاءت به لأقل من ستة أشهر من حين اشترى ثبت النسب؛ لأنه أمكن إضافة العلوق إلى أقرب [الأوقات][1]، وهو ما قبل الشراء لا قبل الطلاق؛ لأن الطلاق بعد الدخول رجعي، وإنه لا يحرم الوطء [فيحمل][2] على أنه وطئها بعد الطلاق في العدة، فصار رجعة. وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً من حين اشترى لا يثبت النسب، ومعناه لا يثبت بدون الدعوة؛ لأنه أمكن إضافة العلوق إلى أقرب الأوقات، وهو ما بعد الشراء عقيبه؛ لأنه يحل وطؤها بالشراء، فأضيف إليه، وهذه أمة جاءت بولد، فلا يثبت نسب الولد [إلا][3] بالدعوة.

وإن طلقها قبل الدخول بها، ثم اشتراها، لا يثبت النسب ما لم [تأت][4] به لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق؛ لأنه تعذر إضافة العلوق إلى أقرب الأوقات، وهو ما قبل الشراء بعد الطلاق؛ لأن الطلاق قبل الدخول يحرم الوطء، فأضيف إلى أبعدها، وهو ما قبل الطلاق.

وإن طلقها بعد الدخول بها طلقتين، ثم اشتراها، ثم جاءت بولد، إن جاءت به إلى سنتين من حين طلق يثبت النسب؛ لأنه تعذر إضافة العلوق إلى أقرب الأوقات، وهو ما بعد الشراء؛ لأنها حرمت عليه حرمة غليظة، فلا يحل وطؤها بالشراء، فأضفناه إلى أبعد الأوقات، وهو ما قبل الطلاق؛ حملاً لأمره على

= قاضي خان (٢/ ٨٤٥)، الجوهرة النيرة (٢/ ٨٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٣٩).

(١) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٢) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٣) سقط، وأثبته من: شرح قاضي خان (٢/ ٨٤٥).

(٤) سقط، وأثبته من: البناية شرح الهداية (٥/ ٦٤١)، فتح القدير (٤/ ٣٦٣).

الصحة والسداد، وإن جاءت به لأكثر من سنتين لا يثبت النسب؛ لما بينا أن الولد لا يمكث في البطن أكثر من سنتين[(١)].

المعتدة إذا جاءت بولد

المعتدة إذا جاءت بولد، فلا تخلو إما إن كانت صغيرة، أو بالغة. والبالغة لا تخلو إما إن كانت ذات أقراء، أو آيسة. وكل واحد منهما لا تخلو إما أن تكون في عدة وفاة، أو طلاق بائن، أو رجعي.

فإن كانت بالغة، وهي في عدة وفاة، فجاءت بولد إلى سنتين، ولم تقر بانقضاء العدة، ولم يشهد على الولادة أحد، وصدقها الورثة في أنها [ولدته][(٢)] فهو ابنه، أما في حقهم فلا شك؛ لأنهم أقروا به، وإقرار المرء حجة في حق نفسه، فيشاركهم في الإرث[(٣)]. وأما في / [١٣٤/ ب] حق غيرهم إن كانوا بحال تقبل شهادتهم بأن كانوا ذكوراً عدولاً، أو ذكوراً وإناثاً عدولاً يثبت النسب في حق غيرهم، وإلا فلا؛ لأنه يثبت بشهادة شاهدين عدلين، أو رجل وامرأتين. وهل تشترط لفظة الشهادة فيه أم لا ؟ قال بعضهم: تشترط؛ لأن هذه شهادة بالنسب، فتشترط لفظة الشهادة فيها كسائر الشهادات. وقال بعضهم: لا تشترط، وإليه أشار في الكتاب، فإنه قال: وصدقها الورثة فهو ابنه[(٤)]، ولم يقل شهد الورثة، وكان ذلك لفقهٍ، وهو أن لفظة الشهادة إنما تشترط حال قيام المنازعة عند القاضي، والمنازعة هاهنا منقطعة بتصديقهم، فلا تشترط لفظة الشهادة[(٥)]. وإن لم يصدقها الورثة، لا

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣٤، شرح قاضي خان (٢/ ٨٤٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٤١)، فتح القدير (٤/ ٣٦٣)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٤٢).

(٢) كتبها الناسخ: (ولد)، وما أثبته من: بدائع الصنائع (٣/ ٢١٧).

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣٤، شرح قاضي خان (٢/ ٨٤٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٣٧).

(٤) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣٤.

(٥) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٨٤٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٣٨).

يثبت النسب إلا بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه يكتفى بشهادة القابلة؛ لأن الحاجة لا تمس إلى إثبات النسب هاهنا؛ لأنه ثبت بالفراش، وإنما الحاجة إلى إثبات الولادة وتعيين الولد، وشهادة القابلة في ذلك [كافية][(١)]، كما في حال قيام النكاح، وكما إذا كان الحبل ظاهراً أو لم يكن ظاهراً لكن الزوج مقر بالحبل يكتفى بشهادة القابلة، فكذا فيما نحن.

ولنا: أن الحاجة حاقة إلى إثبات النسب؛ لأنها لما أقرت بالولادة فقد أقرت بزوال الفراش، [و][(٢)] الـمُنْقَضِي لا يكفي لإثبات النسب في الحال، فمست الحاجة لإثباته إلى حجة كاملة، وهي شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، بخلاف حال قيام النكاح، فإن النسب ثَـمَّ يثبت بالفراش؛ لأنه قائم، فمست الحاجة إلى إثبات الولادة وتعيين الولد؛ لأنه يحتمل أنه ولد ميتاً أو حياً ثم مات، وهذا غيره، وشهادة القابلة في ذلك كافية، وكذا إذا كان الحبل ظاهراً ولم يكن الزوج أقر به؛ لأن النسب يثبت قبل الولادة بفراش قائم، والحاجة الآن مست إلى تعيين الولد، فيكتفى بشهادة القابلة[(٣)].

وإنما قيدنا بقولنا: إلى سنتين؛ لأنها لو جاءت به لأكثر من سنتين لا يثبت النسب؛ لما مر أن الولد لا يمكث في البطن أكثر من سنتين[(٤)].

وإن أقرت بانقضاء العدة في مدة تنقضي العدة في مثلها، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر يثبت النسب؛ لأنه ظهر كذب إقرارها، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً لم يثبت؛ لأنه لم يظهر كذب إقراراها[(٥)].

---

(١) كتبها الناسخ: (كما فيه)، وهو تصحيف، وما أثبته يقتضيه السياق.
(٢) سقط، وأثبته من: تبيين الحقائق (٣/ ٤٣).
(٣) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٨٤٧)، تبيين الحقائق (٣/ ٤٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٣٦).
(٤) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٢١١)، الهداية (٢/ ٢٨٢).
(٥) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٨٥١).

وإن كانت في عدة من طلاق بائن، فجاءت بولد إلى سنتين، ولم تقر بانقضاء العدة، وصدقها الزوج في أنها ولدته، يثبت النسب؛ لأنه حقهما لا يعدوهما، وإن كذبها لم يثبت إلا بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين [عند أبي حنيفة][(١)]، وعند صاحبيه / [١٤٣/ أ] يثبت بشهادة القابلة؛ لما ذكرنا في عدة الوفاة، وإن جاءت به لأكثر من سنتين لا يثبت النسب؛ لما بينا أن الولد لا يمكث في البطن أكثر من سنتين[(٢)].

وإن أقرت بانقضاء العدة في مدة تنقضي العدة في مثلها، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ أقرت، يثبت النسب؛ لأنه ظهر كذب إقرارها، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً منذ أقرت لم يثبت النسب؛ لأنه لم يظهر كذب إقرارها[(٣)].

وإن كانت في عدة من طلاق رجعي، فجاءت بولد إلى سنتين، ولم تقر بانقضاء العدة، يثبت النسب ولا يصير مراجعاً؛ لاحتمال العلوق قبل الطلاق، وإن جاءت به لأكثر من سنتين يثبت النسب ويصير مراجعاً؛ لما بينا.

وإن أقرت بانقضاء العدة في مدة تنقضي في مثلها العدة، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ أقرت يثبت النسب؛ لأنه ظهر كذب إقرارها، وإن جاءت به لستة أشهر منذ أقرت لا يثبت؛ لأنه لم يظهر كذب إقرارها[(٤)].

وإن كانت آيسة، فجاءت بولد إلى سنتين، ولم تقر بانقضاء العدة، فحكمها كحكم ذوات الأقراء في جميع ما ذكرنا، سواء كانت في عدة من وفاة، أو من

---

(١) سقط، وأثبته من: فتح القدير (٤/ ٣٥٦).

(٢) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٨٤٧، ٨٥٠)، تبيين الحقائق (٣/ ٤٣)، فتح القدير (٤/ ٣٥٦).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢١٢-٢١٣)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٥١)، تبيين الحقائق (٣/ ٤٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٣٦).

(٤) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٨٥٠)، تبيين الحقائق (٣/ ٣٩)، فتح القدير (٤/ ٣٥١).

طلاق بائن، أو رجعي؛ لأنها لما ولدت فقد ظهر أنها لم تكن آيسة، وأنها كانت من ذوات الأقراء، وكذلك إذا أقرت بانقضاء العدة بالأشهر؛ لأن بالولادة ظهر أن عدتها لم تكن بالأشهر، وأنها كانت كاذبة في إقرارها، فبطل إقرارها، فصارت كأن لم تقر بالانقضاء أصلاً[١].

وإن أقرت بانقضاء العدة مطلقاً غير مقيد بالأشهر، فإن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ أقرت يثبت النسب، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من حين أقرت لا يثبت؛ لأنا نحمله على أنها أقرت بالانقضاء بالأقراء؛ لأنه الظاهر، وإنه اللائق بحالها، وذات الأقراء إذا أقرت بانقضاء العدة، فالحكم فيه ما ذكرنا، فكذا في هذه[٢].

وإن كانت صغيرة إن ادعت الحبل في العدة فهي كالبالغة في أحكامها؛ لأنها بدعوى الولادة أقرت بالبلوغ بالإقرار، وإن لم تدع الحبل فيها إن كانت في عدة وفاة، فإن أقرت بانقضاء العدة في مدة تنقضي في مثلها العدة، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ أقرت به يثبت النسب، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً لا يثبت؛ لما مر، وإن لم تقر بانقضاء العدة فكذلك عند أبي حنيفة ومحمد، حتى إنها لو جاءت بولد لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام من وقت الوفاة يثبت النسب؛ لأنها جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت انقضاء العدة، وإن جاءت به لأكثر من عشرة أشهر وعشرة أيام لا يثبت النسب لما مر. قال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن جاءت به لأقل من سنتين من وقت الوفاة يثبت النسب، وإن جاءت به لأكثر لا يثبت كالبالغة؛ لأنه عسى علقت ولم تشعر به. ولنا: أن عدتها مقدرة

---

(١) انظر: المبسوط (٦/ ٥٠)، بدائع الصنائع (٣/ ٢١٣)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٥١).
(٢) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٢١٣)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٥١)، تبيين الحقائق (٣/ ٤٢).

بأربعة أشهر وعشر، / [١٤٣/ ب] فإذا انقضت حَكَم الشرع بانقضائها، وحُكْم الشرع بانقضائها أقوى من إقرارها بالانقضاء؛ لأن إقرارها يحتمل الكذب، وحكم الشرع لا يحتمل، فإذا أقرت هي بانقضاء العدة، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ أقرت يثبت النسب، وإلا فلا، فكذا إذا حكم الشرع بانقضائها، بل أولى؛ لأنه أقوى لما بينا، بخلاف البالغة فإنها قابلة للحبل بيقين، فلا نعدل عنه إلى غيره بلا دليل، بخلاف الصغيرة فإن الأصل فيها عدم قبول الحبل، وإن كان محتمل الحدوث، لكن لم تقم الإمارة عليه، فلا نعدل عن الأصل إلى غيره بمجرد وهم لم تقم الإمارة عليه[١].

وإن كانت في عدة من طلاق بائن إن أقرت بانقضاء العدة، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار يثبت النسب، وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً لا يثبت؛ لما مر، وإن لم تقر بانقضاء العدة فكذلك عند أبي حنيفة ومحمد، حتى إنها لو جاءت بولد لأقل من تسعة أشهر من حين طلقها يثبت النسب؛ لأنها جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الانقضاء؛ لأن عدتها مقدرة بثلاثة أشهر، وإن جاءت به لتسعة أشهر فصاعداً لا يثبت؛ لما بينا لهما من المعنى. قال أبو يوسف: إن جاءت به لأقل من سنتين منذ طلق يثبت النسب، وإن جاءت به لأكثر من ذلك لا يثبت؛ لما ذكرنا له من المعنى[٢].

وإن كانت في عدة من طلاق رجعي إن أقرت بانقضاء العدة، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ أقرت يثبت النسب، وإن جاءت به لأكثر من ذلك لا يثبت

---

(١) انظر: المبسوط (٦/ ٥١)، بدائع الصنائع (٣/ ٢١٣)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٥٢)، تبيين الحقائق (٣/ ٤١-٤٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٣٤).

(٢) انظر: المرجع السابق.

لما مر، وإن لم تقر بانقضاء العدة فكذلك عند أبي حنيفة ومحمد، حتى إنها لو جاءت به لأقل من تسعة أشهر منذ طلق يثبت النسب، وإلا فلا. قال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن جاءت به لأقل من سبعة وعشرين شهراً منذ طلق يثبت النسب، وإن جاءت به لأكثر من ذلك لا يثبت؛ لما بينا[١].

لو أنكر الزوج الولادة

منكوحة رجل جاءت بولد، فقال: لم تلديه، فشهدت القابلة بالولادة، فنفاه يثبت النسب؛ لأنه ولد على فراشه؛ لأنها في نكاحه ولاعن؛ لأنه قذفها[٢].

وإن علق طلاق امرأته بولادتها، فشهدت القابلة بالولادة، ولم يكن الحبل ظاهراً، ولم يكن الزوج أقر به لا تطلق عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه تطلق، وإن كان الحبل ظاهراً أو لم يكن لكن الزوج أقر به، فقالت: ولدت، تطلق عند أبي حنيفة بدون شهادة القابلة،وعند صاحبيه لا تطلق بدونها؛ لأن الطلاق حكمٌ تعلق بالولادة، فلا يثبت عند التناكر إلا بشهادة القابلة، كما في المسألة الأولى. ولنا: أنه علق الطلاق بأمر كائن، فيثبت بخبرها بدون شهادة القابلة، كما إذا علقه بحيضتها، فقالت: حضت، بخلاف المسألة الأولى؛ لأن ثَمَّ لم يكن الحبل ظاهراً ولا الزوج أقر به[٣].

رجل قال: ما في بطن أمتي من ولد فهو مني

رجل قال لأمته: ما في بطنها من ولد فهو مني، فشهدت القابلة بالولادة، فهي أم / [١٤٤/أ] ولده؛ لأنه أقر بالنسب، والحاجة ماسة إلى تعيين الولد لا غير، وشهادة القابلة في ذلك كافية[٤].

---

(١) انظر: المرجع السابق.

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣٥، بدائع الصنائع (٣/ ٢١٥)، تبيين الحقائق (٣/ ٤٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٣٨).

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣٥، المبسوط (٦/ ١٠٥)، تبيين الحقائق (٣/ ٤٤)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٣٩).

(٤) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣٦، بدائع الصنائع (٣/ ٢١٦)، شرح قاضي=

رجل قال: هذا الغلام ابني، ثم مات

رجل قال: الغلام هذا ابني، ومات، فجاءت أم الغلام وقالت: أنا امرأته، [فهي امرأته][1] يرثانه، ذكره في النوادر، وقال: إن هذا استحسان. وفي القياس لا ترث؛ لاحتمال أنه وطئها من نكاح فاسد أو بشبهة، فلا ترث، والإرث لم يكن، فلا يثبت بالاحتمال. وجه الاستحسان: وهو أن الخلاف فيما إذا كانت معروفة بالحرية وأمية هذا الولد، فإذا أقر أن الولد ابنه، فلا يكون ابنه منها وهي حرة إلا من نكاح صحيح، حتى إنها لو لم تكن معروفة بما ذكرنا لا ترث، وإن كان الظاهر الحرية؛ لأن الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق، والحاجة هنا إلى استحقاق الإرث[2].

❊ ❊ ❊

= خان (٢/ ٨٥٣)، تبيين الحقائق (٣/ ٤٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٤٢).

(١) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣٦، شرح الصدر الشهيد ص٣٣٦، بدائع الصنائع (٣/ ٢١٧)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٥٣)، تبيين الحقائق (٣/ ٤٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٤٣)، فتح القدير (٤/ ٣٦٦).

باب الولد من أحق به[1]

الأولى بالحضانة

الأصل فيه: أن حضانة الصغير والصغيرة للقربى من النساء، ذوات الرحم المَحْرَم ما لم تتزوج بأجنبي؛ لأن مبنى الحضانة على الشفقة والقدرة، والقربى أشفق وأقدر.

وهذا المعنى مستنبط من كلام صاحب الوحي، فإن امرأة جاءت النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقالت: «إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وإن أباه يريد أن ينتزعه مني، فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أنتِ أحق به ما لم تتزوجي». وفي رواية: «ما لم تنكحي»[2].

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣٦.

(٢) هذا الحديث من رواية عبد الله بن عمرو بن العاص رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وأخرجه بلفظ: "ما لم تتزوجي"، عبد الرزاق في مصنفه، كتاب الطلاق، باب أي الأبوين أحق بالولد، (٧/ ١٥٣)، والدارقطني في سننه، كتاب النكاح، باب المهر، (٤/ ٤٦٨). وأما بلفظ: "ما لم تنكحي"، فأخرجه أحمد في مسنده (١١/ ٣١٠)، وأبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، (٢/ ٢٨٣)، والحاكم في مستدركه، كتاب الطلاق، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، (٢/ ٢٢٥)، والبيهقي في الكبرى، كتاب النفقات، باب الأم تتزوج فيسقط حقها من حضانة الولد، (٨/ ٧). قال ابن الملقن: هذا الحديث صحيح. وقال الهيثمي: رجاله ثقات. وحسَّن الألباني إسناده. انظر: البدر المنير (٨/ ٣١٧)، مجمع الزوائد (٤/ ٣٢٣)، صحيح أبي داود (٧/ ٤٦).

وبه قضى الصديق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بمحضر من الصحابة، ولم ينكر عليه أحد، فكان إجماعاً(١)(٢)، فتخصيص النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الأم دليل على أن مبنى الحضانة على الشفقة؛ لأن الأم أشفق عليه من الأب، ومَدُّه إلى التزوج يدل على أن مبناها على القدرة؛ لأنها إذا تزوجت بأجنبي من الصبي لا يمكِّنها من الحضانة على الوجه [المراد](٣) فتختل القدرة، حتى إنها لو تزوجت بذي رحم مَحْرَم من الصبي لا يسقط حقها في الحضانة(٤).

الأحق بالصغير بعد أن يستطيع خدمة نفسه

فإن استغنى الصغير بأن أكل وحده، وشرب وحده، ولبس وحده، واستنجى وحده، وحاضت الصغيرة، فالعصبة أحق به، الأقرب [فالأقرب](٥) على ترتيب العصبات في الإرث، الأب، ثم الجد أب الأب وإن علا، ثم الأخ، على الوجه الذي ذكرنا في الفرائض؛ لأنه إذا استغنى احتاج إلى التعليم والتأديب والتخلق

---

(١) قال الزيلعي: غريب بهذا اللفظ. وقال ابن حجر: لم أجده بهذا اللفظ. وأصله: ما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن عباس قال: طَلَّق عمر بن الخطاب امرأته الأنصارية أم ابنه عاصم، فلقيها تحمله بِمَحْسَر، ولقيه قد فُطِم ومشى، فأخذ بيده لينتزعه منها، ونازعها إياه حتى أوجع الغلام وبكى، وقال: أنا أحق بابني منك، فاختصما إلى أبي بكر فقضى لها به، وقال: "ريحها وحَرُّها وفرشها خير له منك حتى يَشِبَّ ويختار لنفسه"، كتاب الطلاق، باب أي الأبوين أحق بالولد، (٧/ ١٥٤)، وأخرجه بنحوه بأسانيد مختلفة مالك في الموطأ، كتاب الوصية، باب ما جاء في المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد ص٧٦٧، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الطلاق، ما قالوا في الرجل يطلق امرأته ولها ولد صغير، (٤/ ١٨٠)، والبيهقي في الكبرى، كتاب النفقات، باب الأم تتزوج فيسقط حقها من حضانة الولد، (٨/ ٧). انظر: نصب الراية (٣/ ٢٦٦)، الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ٨١).

(٢) انظر: موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي لسعدي أبو جيب ص٣٧١.

(٣) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٤) انظر: المبسوط (٥/ ٢٠٧)، بدائع الصنائع (٤/ ٤١)، الهداية (٢/ ٢٨٣)، تبيين الحقائق (٣/ ٤٦).

(٥) كتبها الناسخ: (والأقرب)، والسياق يقتضي ما أثبته.

بأخلاق الرجال، [والصغيرة][(١)] إلى التجهيز والحفظ والتزويج، والأب على ذلك أقدر، ثم من يليه في العُصوبة[(٢)].

ولا تدفع الصغيرة إلى عصبة ليس بينهما محرمية؛ لأنه يحل له نكاحها، فلا يؤمن عليها منه، / [١٤٤/ ب] والصغير يدفع إليه لما بينا[(٣)].

موضع الحضانة يعتبر بموضع النكاح

وموضع النكاح يتعين لإمساك الصغار، حتى إن المرأة لا تملك بعد الفرقة وانقضاء العدة نقلهم إلى غيره، إلا إذا كان قريبًا يمكن الأب أن يطالعهم في يومه ويبيت في منزله؛ لأن الزوج التزم ذلك في مكان العقد عرفًا وشرعًا، أما عرفًا فلأن من تزوج امرأة ببلدة يقصد إمساك الأولاد في تلك البلدة؛ لأن قرابة المرأة لا يمكنونه من إخراجها، وهذا هو العادة الجارية فيما بين الناس، وإليه أشار النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بقوله: «من تزوج ببلدة فهو منها»[(٤)]. وأما شرعًا فلأن حكم

---

(١) كتبها الناسخ: (الصغير)، والصواب ما أثبته، وأثبته من: تبيين الحقائق (٣/ ٤٨).

(٢) انظر: المبسوط (٥/ ٢٠٧)، بدائع الصنائع (٤/ ٤٢)، تبيين الحقائق (٣/ ٤٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٤٩).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ٤٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٤٨).

(٤) هذا الحديث روي عن عثمان بن عفان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وذلك أنه صلى بأهل منى أربع ركعات، فلما سلم، أقبل إليهم، فقال: "إني تأهلت بمكة، وقد سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: "من تأهل في بلدة، فهو من أهلها، فليصل أربعًا"، فلذلك صليت أربعًا" أخرجه بهذا اللفظ أحمد في مسنده (١/ ٤٩٦)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار (١٠/ ٤١٦)، والبيهقي في المعرفة، كتاب الصلاة، الإتمام في السفر، وقال: هذا منقطع وعكرمة بن إبراهيم ضعيف، (٤/ ٢٦١). وأخرجه ضياء الدين المقدسي في الأحاديث المختارة بلفظ: أن عثمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ صلى بهم بمنى أربع ركعات، ثم أقبل عليهم، فقال: "سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: "إذا تزوج الرجل ببلد فهو من أهله"، وإنما أتممت لأني تزوجت بها مذ قدمتها"، (١/ ٥٠٤). قال الهيثمي: فيه عكرمة، وهو ضعيف. وقال ابن حجر: هذا الحديث لا يصح؛ لأنه منقطع، وفي رواته من لا يحتج به. انظر: مجمع الزوائد (٢/ ١٥٦)، فتح الباري (٢/ ٥٧٠).

العقد يختص بموضع العقد؛ لأنه يثبت عقيبه أو معه، ولهذا يجب تسليم المبيع والثمن في موضع العقد، والولد من ثمرات العقد فيختص بمحله[١].

لو اختلف الزوجان في متاع البيت

وإن الزوجين متى اختلفا في متاع البيت، فما يصلح للزوج كالعمامة والقوس، فالقول قوله في ذلك مع يمينه؛ لأن الظاهر يشهد له، وما يصلح للمرأة كالوقاية[٢]، فالقول قولها مع يمينها لشهادة الظاهر لها.

وما يصلح لهما كالبسط والأواني، فالقول قول الزوج مع يمينه؛ لأن المرأة وما في يدها في يد الزوج. والاثنان متى تنازعا في عين، وهي في يد أحدهما، فالقول قوله، إلا أنا عدلنا عن هذا فيما يصلح لأحدهما؛ لمعارضة ظاهر أقوى من هذا.

وإن مات أحدهما فالقول [قول][٣] الحي منهما لأنه لا يد للميت، وإن كانا حيين وأحدهما رقيق، فالقول قول الحر منهما؛ لأن يده أقوى[٤].

لو اختصم الأبوان في صغير

فإذا عرف هذا نقول: قال: إذا اختصم الأبوان في صغير حال قيام النكاح أو بعده، فالأم أحق به؛ لأنها أشفق، وعلى الحضانة أقدر، فكانت به أجدر، ودَفْعُ الصبي إليها للصبي أَنْظَر، فإن أبت لا تجبر؛ لأنها عسى لا تقدر؛ ولأن الحضانة حقها، والمرء لا يجبر على حق نفسه، بخلاف الأب إذا امتنع بعد استغناء الصغير حيث يجبر؛ لأنه حق عليه فيجبر[٥].

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ٢٣٢)، بدائع الصنائع (٤/ ٤٤)، تبيين الحقائق (٣/ ٥٠)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٥٥)، فتح القدير (٤/ ٣٧٥).

(٢) الوقاية: المِعْجَر، وهي ما تشده المرأة على استدارة رأسها كالعصابة، سميت بذلك؛ لأنها تقي الخمار. انظر: المغرب في ترتيب المعرب ص٤٩٣، العناية شرح الهداية (٨/ ٢٣٥).

(٣) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٤) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣٩، المبسوط (٥/ ٢١٣)، بدائع الصنائع (٢/ ٣٠٨).

(٥) انظر: تبيين الحقائق (٣/ ٤٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٤٤)، فتح القدير (٤/ ٣٦٧)، النافع الكبير شرح الجامع الصغير ص٢٣٦.

لو طلبت الأجر على إرضاع ولدها

وإن طلبت الأجر حال قيام النكاح ليس لها ذلك؛ لأن الإرضاع واجب عليها تديناً، فإن استأجرها الأب على أن ترضع ولده منها لم يجز؛ لما بينا أن الإرضاع واجب عليها، والاستئجار على فعل واجب عليها لا يجوز كالأذان والإقامة، وإن استأجرها على إرضاع ولد من غيرها جاز؛ لأن إرضاعه ليس بواجب عليها. وكذلك في العدة من طلاق رجعي؛ لأن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح ولا يحرم الوطء. وإن كانت في عدة من طلاق بائن، فلها ذلك في رواية؛ لأن النكاح زال، وفي رواية أخرى ليس لها / [١٤٥/أ] ذلك؛ لأن النكاح باق من وجه. وبعد العدة لها ذلك؛ لأن النكاح زال من كل وجه[١].

وإن قالت الأم: أنا أرضعه بدرهمين أو بغير شيء، وغيرها يقول ذلك، فالأم أحق؛ لأنها أشفق. وإن قالت: أنا أرضعه بدرهمين، وغيرها يرضعه بدرهم أو بدرهم ونصف، أو قالت: أنا أرضعه بدرهم، وغيرها يرضعه بغير شيء، يدفع إلى الغير؛ لأن في ذلك ضرراً بالأب، لكنها ترضعه عند الأم ولا ينتزع من يدها؛ لأن الأمة مجمعة على [أن][٢] الحِجْر[٣] لها؛ لأن حق الحضانة لها[٤].

فإن أرضعته فلها أن تعود إلى منزلها ثم ترجع وقت الحاجة، وإن لم يُشْتَرَط الإرضاع عليها عند الأم، فلها أن تقول: أُرْضِعُه في داري ثم أرده، أو تقول:

---

(١) انظر: المبسوط (٥/ ٢٠٨)، بدائع الصنائع (٤/ ٤٠)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٩٦)، فتح القدير (٤/ ٤١٢).

(٢) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٣) الحِجْر: بالفتح والكسر حضن الإنسان، وهو ما دون إبطه إلى الكَشْح، ومنه قولهم: فلان في حِجْر فلان أي في كنفه ومنعته. انظر: المغرب في ترتيب المعرب ص١٠٤، أنيس الفقهاء ص٩٩.

(٤) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣٧، المبسوط (٥/ ٢٠٨)، بدائع الصنائع (٤/ ٤١)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٥٦).

أخرجوه إليَّ أرضعه في فناء الدار، فإن شرطوا عليها في عقد الإجارة الإرضاع عند الأم والمكث عندها، لزمها الوفاء بالشرط(١).

الأولى بالحضانة لو لم توجد الأم

فإن لم تكن الأم، فأم الأم وإن علت؛ لأن الحضانة للأم وقومها؛ لأنها أشفق، فإن لم تكن فأم الأب وجدته؛ لأنها تتلوها في الشفقة، فإن لم تكن فالخالة هكذا ذكر هاهنا(٢)؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الخالة والدة»(٣)، وذكرنا في غيره من الكتب: فالأخت لأب وأم، ثم الأخت لأم، [ثم الأخت لأب](٤)؛ لأنها أقرب من الخالة؛ لأنها ولد الأب، والخالة ولد الجد.

وإنما قدمنا الأخت لأب وأم على الأخت [لأم](٥)؛ لأنها ساوتها في قرابة الأم وترجحت بقرابة الأب، وإنما قدمنا الأخت لأم على الأخت لأب؛ لأن قرابة الأم مقدمة في ذلك(٦).

وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الخالة أم» مجاز لا حقيقة، وفي تقديم الخالة على الأخت لأب روايتان(٧).

---

(١) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٨٥٦)، تبيين الحقائق (٣/ ٦٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٩٤)، النافع الكبير ص٢٣٧.

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣٧.

(٣) أخرجه البخاري من حديث البراء بن عازب - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - بلفظ: "الخالة بمنزلة الأم"، كتاب الصلح، باب كيف يكتب: هذا ما صالح فلان بن فلان....، (٣/ ١٨٤).

(٤) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٥) كتبها الناسخ: (لأب)، وهو خطأ، والسياق يقتضي ما أثبته.

(٦) انظر: المبسوط (٥/ ٢١٠)، بدائع الصنائع (٤/ ٤١)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٥٧)، تبيين الحقائق (٣/ ٤٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٤٦)، فتح القدير (٤/ ٣٦٩).

(٧) انظر: المبسوط (٥/ ٢١١)، بدائع الصنائع (٤/ ٤١)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٥٧)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٤٦)، النافع الكبير ص٢٣٨.

فإن لم تكن واحدة من هؤلاء، فبنت الأخت لأب وأم أولى، ثم بنت الأخت لأم، ثم بنت الأخت لأب، ثم الخالات على هذا الترتيب، ثم العمات على هذا الترتيب، ولا حق لبنات العمات والخالات فيها؛ لأنه لا محرمية بينهما(١).

وإن لم تكن واحدة من هؤلاء، أو كانت ولها زوج أجنبي يضعه القاضي حيث شاء، هكذا روي عن محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن للقاضي هذه الولاية، وهو أشفق المسلمين بعد هؤلاء(٢).

مدة حضانة الأم والجدة

والأم والجدة أحق بالغلام حتى يستغني، يأكل وحده ويشرب وحده، جعل الأكل وحده والشرب وحده دليل الاستغناء(٣).

وفي «السير الكبير» و«نوادر داود بن رشيد»(٤) حتى يستغني يأكل وحده، ويشرب وحده، ويلبس وحده، ويستنجي وحده(٥)، ولم يقدر بالسن في ذلك

---

(١) انظر: المحيط البرهاني (٣/ ١٧٧)، فتح القدير (٤/ ٣٧٠).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ٤٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٤٩).

(٣) هكذا ذكر في الجامع الصغير، لكنه أضاف معها: ويلبس وحده. انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣٨.

(٤) هو الإمام أبو الفضل الخوارزمي، داود بن رشيد البغدادي، كان ثقة حافظاً، سمع من: بقية بن الوليد، ومكي بن إبراهيم، وإسماعيل بن عُلَيَّة، وغيرهم. حدث عنه: البخاري، ومسلم، وأبو داود، وأبو حاتم، وغيرهم كثير. كان من أصحاب محمد بن الحسن وحفص بن غياث، له نوادر أبو الفضل، سكن بغداد، مات رَحِمَهُ ٱللَّهُ سنة ٢٣٩ هـ. انظر: سير أعلام النبلاء (١١/ ١٣٣)، الجواهر المضية (٢/ ٢٣٧).

(٥) في السير الكبير عَبَّر عن الاستنجاء بالوضوء، وقد ذكر صاحب البدائع أن المقصود من قول محمد: ويتوضأ وحده، أي يستنجي وحده. انظر: شرح السير الكبير ص١٧٣٢، المبسوط (٥/ ٢٠٧)، بدائع الصنائع (٤/ ٤٢)، النافع الكبير شرح الجامع الصغير ص٢٣٨.

هاهنا وفي الأصل[١]، وقدَّر الخَصَّاف[٢] في كتاب النفقات [سنه][٣]، [فقال][٤]: الأم أحق بالغلام حتى يبلغ سبع سنين، فإذا بلغ فالأب أحق به[٥]. وذكر أبو بكر / [١٤٥/ ب] الرازي: الأم أحق بالغلام حتى يبلغ تسع سنين[٦]، فإذا بلغ فالأب أحق به؛ لأنه إذا استغنى احتاج إلى التأديب والتعليم، والأب أقدر عليه، ثم الجد أب الأب على ترتيب العصبات في الإرث. والأم والجدة أحق بالجارية حتى تحيض[٧]. وروى هشام عن محمد حتى تبلغ حد الشهوة[٨].

وذكر الخصاف عن أبي يوسف مثله، ولم يقدروا في ذلك تقديراً، بل قالوا إذا بلغت مبلغاً تشتهى ويجامع مثلها، فقد بلغت حد الشهوة[٩].

---

(١) انظر: الأصل (١٠/ ٣٤٨)، الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣٨.

(٢) هو أبو بكر، أحمد بن عمرو وقيل: عمر، بن مُهَيْر وقيل: مهران الخصاف الشيباني. حدَّث عن: أبيه، وأبي عاصم النبيل، وأبي داود الطيالسي، ومسدد، وغيرهم.كان عالماً، فقيهاً، زاهداً، يأكل من كسب يده؛ ولذلك سمِّي بالخصاف، وكان مقدماً عند الخليفة المهتدي بالله، فلما قتل المهتدي نُهِبت دار الخصاف فذهبت بعض كتبه. له مصنفات كثيرة منها: كتاب الحيل، وكتاب الوصايا، وكتاب الشروط، وكتاب الرضاع، وكتاب النفقات على الأقارب، وغيرها. مات رَحِمَهُ ٱللَّهُ ببغداد سنة ٢٦١ هـ. انظر: سير أعلام النبلاء (١٣/ ١٢٣)، الجواهر المضية (١/ ٨٧)، تاج التراجم ص٩٧.

(٣) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

(٤) كتبها الناسخ: (فقالت)، وما أثبته يقتضيه سياق الكلام.

(٥) انظر: كتاب النفقات ص٢٢، شرح قاضي خان (٢/ ٨٥٩)، الهداية (٢/ ٢٨٤)، تبيين الحقائق (٣/ ٤٨).

(٦) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٨٥٩)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ١٥)، تبيين الحقائق (٣/ ٤٨).

(٧) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ٤٣)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٦٠)، الهداية (٢/ ٢٨٤)، تبيين الحقائق (٣/ ٤٨).

(٨) انظر: المبسوط (٥/ ٢٠٨)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٦٠)، المحيط البرهاني (٣/ ١٧٧)، تبيين الحقائق (٣/ ٤٨)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٥٠).

(٩) انظر: كتاب النفقات ص٢٤، شرح قاضي خان (٢/ ٨٦٠)، البحر الرائق (٤/ ١٨٤).

مدة حضانة غير الأم والجدة

هذا في حق الأم والجدة، أما في حق غيرهما من ذوات الرحم المحرم التي لها حق الحضانة، فهي أحق بها حتى تستغني؛ لأنها إذا استغنت احتاجت إلى تعليم آداب النساء، وذلك يحصل باستخدامها، وغير الأم والجدة لا يملك استخدامها، فلا تقدر على تعليمها آداب النساء، فإن للأم أن تؤاجر الصغير وكذلك الجدة، وليس ذلك لغيرهما من النساء(١).

وإن لم يوجد للصغيرة عصبة إلا ابن العم لا تدفع إليه؛ لأنه ليس بينهما محرمية، فيختار القاضي لها [أفضل](٢) المواضع؛ لأن هذه الولاية له(٣).

لو كانت الأم أو الجدة كافرة

والأم الكافرة والجدة الكافرة كالمسلمة؛ لأن مبنى الحضانة على الشفقة، وهما في ذلك على السواء، لكن إذا عقل الصبي لا يترك في يدها؛ لأنه يتخلق بأخلاق الكافرة، وإنه مفسدة، ذكره أبو بكر الرازي(٤).

وأم الولد إذا أعتقت فهي في ذلك كالحرة الأصلية(٥).

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ٤٣)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٦٠)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ١٥)، تبيين الحقائق (٣/ ٤٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٥٠).

(٢) سقط، وأثبته من: بدائع الصنائع (٤/ ٤٣).

(٣) انظر: المبسوط (٥/ ٢١٢)، بدائع الصنائع (٤/ ٤٣)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ١٦)، تبيين الحقائق (٣/ ٤٨).

(٤) انظر: المبسوط (٥/ ٢١٠)، بدائع الصنائع (٤/ ٤٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٦١)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ١٦)، تبيين الحقائق (٣/ ٤٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٦٥١)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٤).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ٤٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٦١)، الهداية (٢/ ٢٨٤).

لو اختصم الأبوان في الصغير

والأبوان إذا اختصما في الصغير لا يُخَيَّر الصغير عندنا، وعند الشافعي يُخَيَّر؛ لأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَيَّره(١)؛ ولأنه إذا خيره اختار ما هو الأنفع له والأرفق(٢).

ولنا: قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لتلك المرأة: «أنت أحق به ما لم تنكحي»، جعلها أحق به، ولم يخير الصبي، ولو خَيَّر اختار من يوافقه على هواه ويجري على رضاه؛ لقصور عقله وميله إلى الهوى، وفي ذلك مفسدة، وما روي محمول على البالغ، فإنها قالت: «نفعني وسقاني»، ونفعه يكون بالكسب، والكسب إنما يحصل في الغالب من البالغ(٣).

الانتقال بالولد إلى بلد آخر في الحضانة

رجل تزوج امرأة من أهل الشام [بالشام](٤)، ثم قدم بها الكوفة، فولدت بها، ثم وقعت الفرقة بينهما، وانقضت عدتها، فأرادت أن تنتقل بأولادها الصغار إلى الشام، فلها ذلك؛ لما بينا أن المعتبر في هذا مكان العقد، والعقد وقع بالشام.

وإن تزوج بشامية بالكوفة، فولدت منه، ثم بعد انقضاء العدة أرادت أن تنتقل بالولد إلى الشام، فليس لها ذلك بغير رضا الأب؛ لأن العقد وقع بالكوفة(٥).

---

(١) وذلك في الحديث الذي رواه أبو هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: "إن امرأة جاءت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقالت: فداك أبي وأمي، إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد نفعني وسقاني من بئر أبي عِنَبَة، فجاء زوجها وقال: من يخاصمني في ابني ؟ فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "يا غلام، هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت"، فأخذ بيد أمه، فانطلقت به". أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، (٢/ ٢٨٣)، والنسائي في سننه، كتاب الطلاق، إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد، (٦/ ١٨٥). والحديث صححه الألباني. انظر: صحيح أبي داود (٧/ ٤٧).

(٢) انظر: الأم (٥/ ٩٩)، نهاية المطلب (١٥/ ٥٤٥)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (١١/ ٢٨٧)، مغني المحتاج (٨/ ٣٦٠).

(٣) انظر: المبسوط (٥/ ٢٠٨)، بدائع الصنائع (٤/ ٤٣)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٦٢)، الهداية (٢/ ٢٨٤)، تبيين الحقائق (٣/ ٤٩).

(٤) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٥) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣٧، شرح قاضي خان (٢/ ٨٦٣).

ثم الأمر في هذا لا يخلو إما أن تريد النقلة من قرية إلى قرية أخرى من قرى المصر، أو تريد النقلة من قرية إلى مصر، أو من مصر إلى قرية أو [إلى][(١)] مصر.

فإن أرادت النقلة / [١٤٦/ أ] من قرية وقع فيها العقد إلى قرية أخرى، فليس لها ذلك إن كانت بعيدة؛ لأن في ذلك ضرراً بالأب، وإن كانت قريبة بحيث يمكن الأب أن يطالع ولده ويبيت بأهله، فلها ذلك؛ لأنه لا ضرر عليه فيه.

وإن أرادت النقلة من قرية وقع فيها العقد إلى مصر، ليس لها ذلك إن كانت بعيدة، وإن كانت قريبة فلها ذلك؛ لما مر، وهذا أصلح من الأول؛ لأنه أصلح للصبي يتخلق بأخلاق أهل المصر ويتأدب بآدابهم.

وإن أرادت النقلة من المصر إلى القرية، فليس لها ذلك سواء كانت قريبة أو بعيدة؛ لأن في ذلك مفسدة في حق الصبي، إلا إذا وقع أصل العقد في القرية، فحينئذ لها ذلك؛ لأن العبرة لمكان العقد؛ لما مر.

وإن أرادت النقلة من مصر إلى [مصر][(٢)] هو مصرها والعقد وقع فيه، فلها ذلك؛ لما مر. وإن لم يكن مصرها ولا وقع العقد فيه، فليس لها ذلك؛ لما مر. وإن كان مصرها والعقد لم يقع فيه، فليس لها ذلك باتفاق الروايات، وإن لم يكن مصرها ووقع العقد فيه، فلها ذلك في رواية هذا الكتاب[(٣)]؛ لأنه يعتبر مكان العقد فحسب، وفي رواية كتاب الطلاق ليس لها ذلك[(٤)]؛ لأنه يعتبر مع مكان العقد كونه وطناً لها[(٥)]، ووجهه: وهو أن في النقل ضرراً بالأب، فلا يلزمه إلا

(١) كتبها الناسخ: (من)، وهو خطأ، والسياق يقتضي ما أثبته.

(٢) سقط، وأثبته من: شرح قاضي خان (٢/ ٨٦٣).

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣٧.

(٤) انظر: الأصل (٤/ ٥٤٥).

(٥) وهذه الرواية هي الأصح في المذهب. انظر: المبسوط (٦/ ١٧٠)، بدائع الصنائع (٤/ ٤٤)،=

بالتزامه من كل وجه، [وهذا][(١)] إذا اجتمع الأمران؛ لأن المرء لا يرضى بإمساك الأولاد في دار الغربة.

هذا إذا كان بين المصرين مسافة بعيدة، أما إذا كانت المسافة قريبة بحيث يمكن للأب أن يطالع ولده ثم يبيت بأهله، فلا بأس لها بذلك[(٢)].

لو اختلف الزوجان في متاع البيت

إذا اختلف الزوجان في متاع البيت كل واحد منهما يدعي أنه له، فما يصلح للرجال كالعمامة، والقلنسوة، والقوس، فالقول قوله في ذلك مع يمينه. وما يصلح للمرأة كالوقاية، فالقول قولها في ذلك مع يمينها؛ لما مر. وما يصلح لهما كالبسط والأواني، فالقول قول الزوج في ذلك مع يمينه في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: القول قولها في قدر جهاز مثلها؛ لأن العادة جرت أن المرأة لا تزف إلا بجهاز مثلها، فكان الظاهر شاهداً لها في ذلك القدر، وما زاد عليه فالقول قول الزوج. ولنا: ما بينا أن المرأة وما في يدها في يد الزوج، واليد دليل الملك، إلا أنا عدلنا عن هذا فيما يصلح لها خاصة؛ لمعارضة ظاهر أقوى منه، وما عدا ذلك بقي على الأصل.

وإن مات أحدهما، فاختلف الحي منهما وورثة الميت في متاع البيت، فعند أبي يوسف [و][(٣)] محمد الجواب في هذا كالجواب فيما إذا كانا حيين؛ لأن الورثة تقوم مقام الميت، وعند أبي حنيفة القول قول / [١٤٦/ ب] الحي منهما

= شرح قاضي خان (٢/ ٨٦٣).

(١) سقط، وأثبته بمعناه من: بدائع الصنائع (٤/ ٤٤).

(٢) انظر: المبسوط (٦/ ١٦٩)، تحفة الفقهاء (٢/ ٢٣١)، بدائع الصنائع (٤/ ٤٤)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٦٣)، الهداية (٢/ ٢٨٥)، تبيين الحقائق (٣/ ٥٠)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٦٩).

(٣) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

فيما يشكل سواء كان زوجاً أو امرأة، أما إذا كان زوجاً فظاهر؛ لأن الكل في يده، والقول قول صاحب اليد، وكذلك إذا كان امرأة؛ لأنه لا يد للميت منهما[١]. وإن كان حيين، فاختلفا فيه، وأحدهما مأذون في التجارة أو مكاتب، فالجواب في هذا كالجواب فيما إذا كانا حرين؛ لأن المأذون والمكاتب [لهما][٢] يداً حكمية، وقال أبو حنيفة: القول قول الحر منهما؛ لما بينا أن يد الحر أقوى[٣].

* * *

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٣٩، المبسوط (٥/ ٢١٣)، بدائع الصنائع (٢/ ٣٠٨)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٦٦)، الهداية (٣/ ١٦٥)، تبيين الحقائق (٤/ ٣١٢).

(٢) سقط، وأثبته من: الهداية (٣/ ١٦٥)، تبيين الحقائق (٤/ ٣١٣).

(٣) انظر: الجامع الصغير ص٢٤٠، المبسوط (٥/ ٢١٥)، شرح الصدر الشهيد ص٣٣٩، بدائع الصنائع (٢/ ٣٠٩)، شرح قاضي خان (٢/ ٦٨٧)، الهداية (٣/ ١٦٥)، المحيط البرهاني (٣/ ١٦٥)، تبيين الحقائق (٤/ ٣١٣).

باب الحيض والنفاس[1]

الأصل في الحيض والنفاس

الأصل فيه: أن الحيض دم رحم يخرج من قبل المرأة في أوانه، على لون من ألوانه، مختصاً بنصابه، يجب إتيانه عند شرطه، وهو خلو الرحم عن الولد[2].

والنفاس دم يخرج من قُبل المرأة عقيب الولد، سمي نفاساً؛ لتنفس الرحم به[3].

ألوان الدم

فإذا عرف هذا نقول: ألوان الدم ستة: السواد، والحمرة، والصفرة[4]، والخضرة[5]، والكُدْرَة[6]، والتُّرْبِيَّة[7]؛ لقوله تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى﴾[8]، وصف الحيض بكونه أذى، والكل في كونه أذى على السواء؛ لقول عائشة الصديقة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا للائي كن يبعثن إليها الكراسف[9]: «لا تعجلْنَ

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤٠.
(٢) انظر: بدائع الصنائع (١/ ٣٩)، الجوهرة النيرة (١/ ٢٩)، البناية شرح الهداية (١/ ٦٢١).
(٣) انظر: المبسوط (٣/ ٢١٠)، الهداية (١/ ٣٥)، المحيط البرهاني (١/ ٢٦٢).
(٤) الصفرة: هي ما تكون كلون القز، أو لون البسر، أو لون التين. انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٨٦٩).
(٥) الخضرة: هي نوع من الكدرة. انظر: المبسوط (٣/ ١٥٠).
(٦) الكدرة: هي ما كانت على لون الماء الكدر. انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٨٦٩).
(٧) التُّرْبِيَّة: نسبة إلى التراب، وهي ما كان لونها على لون التراب. ويسميها البعض التَّرِيَّة، مشتقة من الرئة، وهي التي تكون على لون الرئة. والمراد بها هنا: ما كان بين الصفرة والكدرة. انظر: طلبة الطلبة ص١٣.
(٨) سورة البقرة الآية رقم: ٢٢٢.
(٩) الكراسف: جمع كُرْسُف، وهو القطن. انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر (٤/ ١٦٣)، المغرب في ترتيب المعرب ص٤٠٦.

حتى ترين القَصَّة البيضاء[١]»[٢]، أي البياض الخالص، جعلت ما سوى البياض الخالص حيضاً[٣].

حكم الحمرة والصفرة والكدرة

وذكر هاهنا من الستة ثلاثة: الحمرة، والصفرة، والكدرة[٤]، تقدمت [الكدرة على الدم][٥] أو تأخرت. وقال أبو يوسف: إن تأخرت فهو حيض، وإلا فلا؛ لأن كَدَرَه يتبع صافيه. قلنا: كذلك إذا كان الثقب من أعلى، أما إذا كان من أسفل فلا، وفم الرحم من أسفل تجتمع عنده الكدورة، فإذا انفتح تسبق الصافي[٦].

حكم الخضرة والتربية والسواد

ولم يذكر الخضرة هاهنا، واختلفوا فيها، بعضهم جعلها حيضاً؛ لما تلونا وروينا، ولم يجعلها البعض حيضاً، والصحيح إن رأت ذات الأقراء الخضرة في أيامها فهي حيض، والعجوز الكبيرة إذا رأت لا يكون حيضاً، ويكون من فساد المنبت[٧].

---

(١) القَصَّة البيضاء: قيل: هي شيء كالخيط الأبيض يخرج عند انقطاع الدم، وقيل: معناه حتى تخرج الخرقة كالجص الأبيض، فالقَصَّة الجَصّ، ومنه النهي عن تَقْصيص القبور أي تجصيصها. انظر: طلبة الطلبة ص١٢، النهاية في غريب الحديث والأثر (٤/ ٧١)، المغرب في ترتيب المعرب ص٣٨٦.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه معلقاً، كتاب الحيض، باب إقبال المحيض وإدباره، (١/ ٧١).

(٣) انظر: المبسوط (٣/ ١٥٠)، المحيط البرهاني (١/ ٢١٣)، البناية شرح الهداية (١/ ٦٣٦)، الفتاوى الهندية (١/ ٣٦).

(٤) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤٠.

(٥) سقط، وأثبته من: شرح قاضي خان (٢/ ٨٦٩).

(٦) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤٠، المبسوط (٣/ ١٥٠)، شرح الصدر الشهيد ص٣٤٠، بدائع الصنائع (١/ ٣٩)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٦٩)، الهداية (١/ ٣٢).

(٧) انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٨٧٠)، الهداية (١/ ٣٣)، المحيط البرهاني (١/ ٢١٤)، حاشية ابن عابدين (١/ ٢٨٩).

ولم يذكر التربية هاهنا أيضـًا، وهي التي تكون على لون التراب، وهي بمنزلة الكدرة بإجماع[1]، ولم يذكر السواد أيضـًا، وإنه حيض بالإجماع[2].

امرأة رأت الدم أكثر من أيامها المعتادة

امرأة أيامها خمسة، فرأت [الدم][3] عشرة [أيام][4]، فالكل حيض؛ لأنه دم حيض رأته في أوانه، فيكون حيضـًا، وإن زاد على العشرة [رَدَّت][5] إلى أيامها؛ لأنها صارت مستحاضة فدخلت تحت قوله - صلى الله عليه والسلم -: «المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها»[6]، وما زاد على أيامها استحاضة تبعـًا لما زاد على العشرة[7].

---

(١) أي بإجماع أئمة المذهب، وهو أن التربية حكمها كحكم الكدرة، وذكر صاحب المحيط: أن عامة المشايخ على أن التربية حيض. انظر: المبسوط (٣/ ١٥٠)، المحيط البرهاني (١/ ٢١٤)، العناية شرح الهداية (١/ ١٦٤)، البناية شرح الهداية (١/ ٦٣١)، البحر الرائق (١/ ٢٠٢)، مجمع الأنهر (١/ ٥٢).

(٢) انظر: المبسوط (٣/ ١٥٠)، بدائع الصنائع (١/ ٣٩)، البناية شرح الهداية (١/ ٦٣٢)، مجمع الأنهر (١/ ٥٢).

(٣) سقط، وأثبته من: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤١.

(٤) سقط، وأثبته من: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤١.

(٥) كتبها الناسخ: (وردت)، وما أثبته يقتضيه السياق، وأثبته من: الهداية (١/ ٣٤).

(٦) الحديث بلفظه رواه عدي بن ثابت عن أبيه عن جده عن الرسول صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وأخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الطهارة وسننها، باب ما جاء في المستحاضة التي قد عدت أيام أقرائها قبل أن يستمر، (١/ ٢٠٤)، وأبو داود في سننه، كتاب الطهارة، باب من قال تغتسل من طهر إلى طهر، (١/ ٨٠)، والترمذي في سننه، أبواب الطهارة، باب ما جاء أن المستحاضة تتوضأ لكل صلاة، (١/ ٢٢٠). قال ابن حجر: إسناده ضعيف. وقال الألباني: الحديث صحيح؛ لأن له شواهد. انظر: التلخيص الحبير (١/ ٢٩٧)، إرواء الغليل (١/ ٢٢٥).

(٧) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤١، شرح الصدر الشهيد ص٣٤٠، بدائع الصنائع (١/ ٤١)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٧٠)، الهداية (١/ ٣٤).

لو رأت الحامل الدم

حامل رأت الدم لا يكون حيضاً، وعند الشافعي يكون حيضاً اعتباراً بالحائل[(١)]. ولنا: ما ذكرنا أن الحيض دم رحم يخرج من قبل المرأة، / [١٤٧/ أ] وإنه لا يتصور مع قيام الحبل؛ لأن فم الرحم ينسد به، بخلاف الحائل فإن فم الرحم غير منسد[(٢)].

امرأة ولدت وفي بطنها آخر

وإذا ولدت ولداً وفي بطنها آخر، فالنفاس من الولد الأول عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وإن كان بين الولدين أربعون يوماً تم النفاس، وما بعد الولد الثاني طهر، وإن كان بينهما ستون يوماً تم النفاس والطهر، وما بعد الولد الثاني حيض. وعند محمد وزفر [النفاس][(٣)] من الولد الأخير، فإن العدة تنقضي بالأخير بالإجماع، فكذا النفاس يثبت به. ولنا: أن النفاس دم رحم يخرج عقب الولد وقد وجد، ولأنه سمي نفاساً؛ لتنفس الرحم به، وقد وجد تنفس الرحم بالأول، بخلاف العدة فإن انقضاءها يتعلق بوضع الحمل بالنص، والحمل اسم للكل بخلاف الولد[(٤)].

---

(١) عند الشافعية قولان في المسألة، الأول: أنه دم فساد، وهذا هو القول القديم. والثاني: أنه حيض، وهو القول الجديد، وهو الأصح. انظر: نهاية المطلب (١/ ٤٤٣)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (١/٣٤٨)، المجموع (٢/ ٣٨٤)، مغني المحتاج (١/ ٢٩٣).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤١، المبسوط (٢/ ٢٠)، بدائع الصنائع (١/ ٤٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٧١)، الهداية (١/ ٣٥)، تبيين الحقائق (١/ ٦٧).

(٣) سقط، وأثبته من: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤١.

(٤) بخلاف الولد، أي أنه بخروج الولد قد انفتح الرحم وتنفس، فما يعقبه من دم هو دم نفاس، وذلك لتحقق شرط النفاس. انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤١، المبسوط (٣/ ٢١٢)، شرح الصدر الشهيد ص٣٤١، بدائع الصنائع (١/ ٤٣)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٧٢)، تبيين الحقائق (١/٦٨)، الجوهرة النيرة (١/ ٣٥)، البناية شرح الهداية (٦٩٦/١).

باب مسائل متفرقة لم تدخل في الأبواب[1]

المسألة الأولى: حكم العنين

عِنِّين أُجِّل حولاً، وخاصمته امرأته بعد الحول، إن كانت بكراً نظر إليها النساء، فإن قلن هي بكر خُيِّرت[2].

تعريف العنين

فيحتاج إلى معرفة العنين وحكمه، فالعنين: من لا يصل إلى النساء، أو يصل إلى الثيب دون الأبكار، إما لمرض اعتراه، أو لضعف اعتراه، أو لأنه أخذ عن النساء بسحر[3]؛ لأن السحر يتحقق وجوده ويتأثر المحل به عند أهل السنة والجماعة[4]، خلافـًا للمعتزلة[5]، كما يتأثر [بالعين][6]؛ لقوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «العين تنزل الطير الحالق»[7]، وقد نص محمد على أن المُؤخَذ يؤجل

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤١.

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤١، شرح الصدر الشهيد ص٣٤١، تبيين الحقائق (٣/ ٢٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٨٣).

(٣) انظر: طلبة الطلبة ص٤٧، المغرب في ترتيب المعرب ص٣٣٠، أنيس الفقهاء ص٥٨.

(٤) انظر: شرح العقيدة الطحاوية ت: الأرناؤوط (٢/ ٧٦٤)، تيسير العزيز الحميد شرح كتاب التوحيد ص٣٢٥، شرح العقيدة السفارينية لابن عثيمين ص٣٨٨، الجموع البهية للعقيدة السلفية (١/ ٣١٣).

(٥) انظر: نزهة الأعين النواظر في علم الوجوه والنظائر (١/ ٣٥٤)، تيسير العزيز الحميد شرح كتاب التوحيد ص٣٢٥.

(٦) كتبها الناسخ: (بالعنين)، وهو تصحيف، والسياق يقتضي ما أثبته.

(٧) أخرجه البخاري عن أبي هريرة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ بلفظ: "العين حق"، كتاب الطب، باب العين حق، (٧/ ١٣٢)، ومسلم، كتاب السلام، باب الطب والمرض والرقى، (٤/ ١٧١٩). وأخرج مسلم كذلك عن ابن عباس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: "العين حق، ولو كان شيء سابق القدر سبقته العين، وإذا اسْتُغْسِلْتُم فاغْسِلوا"، كتاب السلام، باب الطب والمرض والرقى، (٤/ ١٧١٩). وأخرجه أحمد عن ابن عباس - رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا - بلفظ: "العين حق تستنزل الحالق"، (٤/ ٢٨١)، وأخرجه الطبراني في الكبير (١٢/ ١٨٤)، والحاكم في مستدركه، كتاب الطب، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه بهذه الزيادة، (٤/ ٢٣٩). قال الهيثمي: فيه دُوَيْد البصري قال أبو حاتم: لَيِّن، وبقية رجاله ثقات. انظر: مجمع الزوائد (٥/ ١٠٧).

سنة[١]، وهو تنصيص منه على تحقق السحر وتأثر المحل، والحكم في الكل واحد، وهو أن يؤجَّل سنة، والـمُقتدَى في ذلك عمر وعلي وابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، فإنهم أجلوا العنين سنة[٢]، ولم ينكر عليهم غيرهم، فكان إجماعا[٣].

فإن خاصمته المرأة قبل التأجيل وادعت أنه لا يصل إليها، وقال الزوج: جامعتها، إن كانت بكراً يُرِيها القاضي للنساء، فإن قلن: هي بكر، أُجِّل سنة، وكذلك إذا اعترفت بأنه لم يصل إليها أُجِّل سنة من وقت الخصومة، ولم يحتسب بما مضى؛ لاحتمال أنه لم يصل إليها مع قدرته عليه، وإن قلن: هي ثيب أو كانت ثيباً، فالقول قول الزوج مع يمينه؛ لأنه ينكر الفرقة[٤].

وإن خاصمته بعدما مضى الأجل، فقال الزوج: جامعتها، إن كانت بكراً نظر إليها النساء، فإن قلن: هي بكر، خُيِّرت؛ لأن الدخول بدون فتح الباب لا يتصور، وإن [قلن][٥]: هي ثيب، فالقول قول الزوج مع يمينه؛ لأن بقولهن تثبت الثيابة، ولا يثبت الوصول؛ لأنه ليس من ضروراته؛ لاحتمال أن يزيل بكارتها غيره، فإن

(١) لم أقف على نص محمد رَحِمَهُ اللَّهُ، لكن فقهاء الحنفية متفقون على المأخوذ عن النساء بسحر أن حكمه حكم العنين. انظر: الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١١٥)، تبيين الحقائق (٣/ ٢٢)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٨٣)، فتح القدير (٤/ ٢٩٩)، البحر الرائق (٤/ ١٣٣)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٤٩٤)، الفتاوى الهندية (١/ ٥٢٢).

(٢) أخرج هذه الآثار عن عمر وعبد الله بن مسعود وعلي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - عبد الرزاق في مصنفه، كتاب النكاح، باب أجل العنين، (٦/ ٢٥٣)، وابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب النكاح، كم يؤجل العنين ؟، (٣/ ٥٠٣)، والدراقطني في سننه، كتاب النكاح، باب المهر، (٤/ ٤٩٦).

(٣) انظر: المبسوط (٥/ ١٠٠)، بدائع الصنائع (٢/ ٣٢٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٧٣)، تبيين الحقائق (٣/ ٢١).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٣٢٣)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٧٣)، المحيط البرهاني (٣/ ١٧٣)، تبيين الحقائق (٣/ ٢٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٨٦).

(٥) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

حلف فلا حق لها بعد ذلك، وإن نكل خُيِّرت، فإن اختارت زوجها فلا حق لها؛ لأنها رضيت بإسقاط حقها، وإن اختارت / [١٤٧/ ب] نفسها، قال القاضي للزوج: فارقها، فإن امتنع فرق بينهما، وتكون فرقة بطلقة بائنة؛ لأنه عجز عن إمساكها بالمعروف، فوجب عليه التسريح بإحسان، فإذا امتنع فقد ظلم، فينوب القاضي منابه، فيكون التفريق مضافاً إليه(١).

والفرقة الجائية من قبلها طلاق، وعند الشافعي فسخ(٢)، وهذا الخلاف بناء على الخلاف في أن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا، وعنده يقبل(٣).

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا خيرت وقامت عن مجلسها طائعة، أو أقيمت مكرهة، بطل خيارها، كما إذا خير الزوج امرأته فقامت؛ لأنه دليل الإعراض، وإن كان مع الإكراه؛ لأنها تقدر على أن تختار نفسها مع الإكراه(٤). وإن وصل إلى امرأة له أخرى لم يسقط حق هذه؛ لأن الظلم في حق هذه ثابت(٥).

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤٢، المبسوط (٥/ ١٠٢)، بدائع الصنائع (٢/ ٣٢٥)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٧٥)، تبيين الحقائق (٣/ ٢٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٨٧).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (٩/ ٣٧٤)، نهاية المطلب (١٢/ ٤٨٥)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٩/ ٣٠٧).

(٣) انظر: المبسوط (٥/ ١٠٢)، بدائع الصنائع (٢/ ٣٢٥)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٧٦)، تبيين الحقائق (٣/ ٢٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٨٥).

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٢/ ٣٢٦)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٨٧)، البحر الرائق مع منحة الخالق (٤/ ١٣٦).

(٥) انظر: المبسوط (٥/ ١٠٣)، بدائع الصنائع (٢/ ٣٢٥)، الجوهرة النيرة (٢/ ٢٢).

المسألة الثانية: أحكام اللعان

رجل لاعن امرأته لم تقع الفرقة حتى يفرق القاضي بينهما[١]، وصورة اللعان: أن يقوم الرجل أولاً فيقول أربع مرات: أشهد بالله إني لصادق فيما رميتك به من الزنا، أو فيما رميتها به من الزنا، يشير بيده إليها؛ ليقع الميز، وفي الخامسة يقول: لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا. ثم تقوم المرأة وتقول قائمة أربع مرات: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، وفي الخامسة تقول: غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا[٢].

ركن اللعان

وركنه: عندنا شهادات مُزَكَّاة بالأَيْمان، مُؤكدة باللعن والغضب[٣]، وعند الشافعي أيْمان مكررة؛ لأن الصيغة صيغة اليمين، وهي قوله: أشهد بالله، واللعان حجته، واليمين يصلح حجة للحالف كالمنكر، أما لا يصلح حجة للشاهد، فجعلناه يميناً لهذا[٤].

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤٢.

(٢) انظر: المبسوط (٧/ ٤٢)، بدائع (٣/ ٢٣٧)، الهداية (٢/ ٢٧١)، تبيين الحقائق (٣/ ١٧).

(٣) لم أقف على من عبَّر بنص عبارة الشارح هنا، إلا أن صاحب المبسوط قد ذكر عبارة قريبة منها وهي: أن ركن اللعان شهادات مؤكدة بالأيمان مُزكَّاة بالتزام اللعن في حق الزوج، ومزكاة بالتزام الغضب في حق الزوجة. أما باقي ما وقفت عليه من كتب الحنفية فأصحابها تكاد تكون عبارتهم واحدة وهي: أن اللعان شهادات مؤكدات بالأيمان، مقرونة شهادات الرجل باللعن، والمرأة بالغضب. انظر: المبسوط (٧/ ٣٩)، تحفة الفقهاء (٢/ ٢١٧)، بدائع الصنائع (٣/ ٢٤٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٨٠)، الهداية (٢/ ٢٧٠)، المحيط البرهاني (٣/ ٤٥٣)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٦٧)، تبيين الحقائق (٣/ ١٤)، الجوهرة النيرة (٢/ ٦٩)، درر الحكام (١/ ٣٩٦)، البحر الرائق (٤/ ١٢٢)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٤٨٢)، الفتاوى الهندية (١/ ٥١٤)، النافع الكبير ص٢٤٢.

(٤) انظر: الأم (٥/ ١٤٣)، الحاوي الكبير (١١/ ٤)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٠/ ٤٦٢).

ولنا: وهو أن الباري عَزَّوَجَلَّ استثناه من الشهداء بقوله: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ﴾[١]، والاستثناء يكون من جنس المستثنى منه[٢]، والمستثنى منه الشهادة، فكذا المستثنى، ولأن قوله أشهد يمين؛ لقوله تعالى خبراً عن المنافقين: ﴿قَالُواْ نَشۡهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ ٱللَّهِۗ﴾[٣]، ثم قال: ﴿ٱتَّخَذُوٓاْ أَيۡمَٰنَهُمۡ جُنَّةً﴾[٤]، فعلم أن قوله: أشهد يمين، وبالله قسم، فجعلناه شهادات مزكاة بالأيمان؛ ولأن لعانه حجته على إثبات ما ادعى، واليمين لا تصلح حجة للإثبات؛ لأنها شرعت للنفي، والشهادة حجة مثبتة، وهي حجة الزوج في هذا الباب، فإنه لو شهد على امرأته مع ثلاثة بالزنا، تقبل [شهادته][٥] وتحد المرأة، فتعين جعله شهادة[٦].

من يصح منه اللعان، وما يشترط له

ومن هذا الخلاف نشأ الخلاف في أهلية اللعان، فعندنا أهلية اللعان أهلية الشهادة؛ لأن اللعان شهادة، فكل من كان أهلاً للشهادة كان أهلاً للعان[٧].

وشرطه: قيام الزوجية؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ﴾[٨]، حتى إن عندنا / [١٤٨/أ] لا يجري اللعان إلا بين الزوجين المسلمين، الحرين، العاقلين،

(١) سورة النور الآية رقم: ٦.
(٢) هذه قاعدة أصولية. انظر: العدة في أصول الفقه (٢/ ٦٧٣)، المبسوط (٧/ ٤٠)، بدائع الصنائع (٣/ ٢٤٢)، كشف الأسرار (٣/ ١٢٥)، تبيين الحقائق (٣/ ١٤)، فتح القدير (٨/ ٣٥٩)
(٣) سورة المنافقون الآية رقم: ١.
(٤) سورة المنافقون الآية رقم: ٢.
(٥) سقط، وأثبته من: البحر الرائق (٤/ ١٢٤).
(٦) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٢٤٢)، تبيين الحقائق (٣/ ١٤، ١٦)، فتح القدير (٤/ ٢٧٨)، البحر الرائق (٤/ ١٢٤).
(٧) قاعدة فقهية عند الحنفية في باب اللعان. انظر: المبسوط (٤/ ٢٨٤)، العناية شرح الهداية (٤/ ٢٨٤)، فتح القدير (٤/ ٢٧٦).
(٨) سورة النور الآية رقم: ٦.

البالغين، غير المحدودين في القذف[١]. وعند الشافعي أهلية اليمين، فكل من كان أهلاً لليمين، فهو أهل للعان؛ لأن اللعان عنده يمين، واللعان حلف عن حد القذف في حق الرجل، وعن حد الزنا في حق المرأة[٢].

سبب اللعان

وسبب اللعان: القذف الموجب لحد القذف في [حق][٣] الأجنبيات والأجانب[٤].

أثر اللعان

وحكمه: حرمة الاستمتاع كما فرغا من اللعان؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»[٥]، فإذا حرم الاجتماع حرم الاستمتاع، فلا يبقى لبقاء النكاح فائدة، فتثبت الحرمة[٦].

---

(١) انظر: المبسوط (٧/ ٤٠)، بدائع الصنائع (٣/ ٢٤٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٨٠)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٦٧)، تبيين الحقائق (٣/ ١٥)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٦٥).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (١١/ ١٢)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (١٠/ ٤٤٦).

(٣) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٣/ ٢٣٩)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٨٠)، تبيين الحقائق (٣/ ١٤)، فتح القدير (٤/ ٢٧٦).

(٥) أخرجه أبو داود في سننه من حديث سهل بن سعد الساعدي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: حضرت ملاعنة عويمرٍ امرأته عند رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فمضت السنة بعدُ في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبداً، كتاب الطلاق، باب في اللعان، (٢/ ٢٧٤). قال الصنعاني: رجال إسناده رجال الصحيح. وقال الألباني: حديث صحيح. وأخرجه الدارقطني في سننه عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: "المتلاعنان إذا افترقا لا يجتمعان أبداً"، كتاب النكاح، باب المهر، (٤/ ٤١٦)، وأخرجه البيهقي في الكبرى بلفظ الدراقطني، كتاب اللعان، باب ما يكون بعد التعان الزوج من الفرقة، (٧/ ٦٧٢). قال ابن عبد الهادي: هذا إسناد جيد. وقال ابن الملقن: هذا الحديث صحيح. وقال ابن حجر: إسناده لا بأس به. انظر: تنقيح التحقيق لابن عبد الهادي (٤/ ٤٤٤)، البدر المنير (٨/ ١٨٨)، الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ٧٦)، فتح الغفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار (٣/ ١٥٣٥)، صحيح أبي داود (٧/ ٢٠).

(٦) أي بمجرد أن يفرغ الزوجان من اللعان تثبت حرمة الاستمتاع، لكن التفريق لا يثبت حتى=

فإذا فرق القاضي بينهما، فهي فرقة بطلقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يثبت باللعان حرمة مؤبدة؛ لقوله صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً». ولنا: أن هذه الحرمة مضافة إلى لعان الزوج؛ لأنه هو الذي قذفها باختياره، وأما المرأة فهي مضطرة في اللعان لدفع العار والشنار عن نفسها، فإذا كانت الحرمة مضافة إلى لعانه كانت بائنة من جهته، والحرمة الثابتة بفعل الرجل تكون حرمة ثابتة بالطلاق، وحرمة الطلاق لا تكون مؤبدة، حتى إنه لو أكذب نفسه بأن قال: كذبت فيما رميتها به من الزنا، فهو خاطب من الخطاب عندهما، ولأنه عجز عن إمساكها بالمعروف، فوجب عليه التسريح بالإحسان، وإذا امتنع ناب القاضي منابه في التفريق، فيكون التفريق مضافاً إليه، ولأنه إذا أكذب نفسه فقدَ رجع عن شهادته، والشهادة تبطل بالرجوع فتلحق بالعدم، فتصير كأن لم تكن فلا يبقيان متلاعنين، فلا تبقى الحرمة، وبهذا خرج الجواب عن قوله صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»؛ لأنهما بعد الإكذاب لم يبقيا متلاعنين لا [حقيقة][1] ولا حكماً، أما حقيقة فظاهر؛ لأن حقيقة كلامه كما وجد تلاشى، وكذا حكماً؛ لأن حكمه بطل ببطلان اللعان.

لو أكذب الملاعن نفسه

ويحد الرجل إذا أكذب نفسه؛ لأن بإكذابه لها رجع عن شهادته، وشهادته لعانه، فبطل اللعان والتحق بالعدم، ولعانه كان حلفاً عن الحد، فالتحق بالعدم وصار كأن لم يكن، فعاد إلى الأصل، ولهذا إذا امتنع عن اللعان ابتداء يحد، وكذلك المرأة إذا امتنعت عن اللعان بعد لعان الزوج تحد؛ لأنه حلف عن حد

= يفرق القاضي بينهما؛ لأن الفرقة باللعان عند الحنفية لا تثبت إلا بتفريق القاضي. انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٨٨١)، المحيط البرهاني (٣/ ٤٥٥)، العناية شرح الهداية (٤/ ٢٧٦)، درر الحكام (١/ ٣٩٧)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٤٨٣)، الفتاوى الهندية (١/ ٥١٥).

(١) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

الزنا في حقها؛ لقوله تعالى: ﴿وَيَدْرَؤُاْ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ﴾[(١)][(٢)].

المسألة الثالثة: النفقة بين أهل ملتين

نصراني له أخت صغيرة مسلمة لا يجبر على نفقتها؛ لأن وجوب النفقة في غير الوالدين [والمولودين][(٣)] بناء على التوارث؛ لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾[(٤)]، ولا توارث بين المسلم والكافر؛ لقوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا يتوارث أهل ملتين شتى»[(٥)][(٦)].

المسألة الرابعة: رجل اشترى أمة فحاضت قبل القبض

رجل اشترى أمة، فحاضت قبل القبض، لا تنوب عن الاستبراء عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف / [١٤٨/ب] تنوب؛ لأن المقصد من الاستبراء [معرفة][(٧)] براءة الرحم وقد حصل.

ولنا: أن تلك الحيضة وجدت قبل وجوب الاستبراء، فلا تجزئ عن الاستبراء؛ لأن سبب وجوبه ملك اليمين مع اليد، والملك وإن ثبت لكن اليد لم

---

(١) سورة النور الآية رقم: ٨.

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤٢، المبسوط (٧/ ٤٣)، بدائع الصنائع (٣/ ٢٤٥)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٨٢)، المحيط البرهاني (٣/ ٤٥٥)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٦٩)، تبيين الحقائق (٣/ ١٩)، البناية شرح الهداية (٥/ ٥٧٢)، فتح القدير مع العناية (٤/ ٢٨٦).

(٣) أضافه الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٤) سورة البقرة الآية رقم: ٢٣٣.

(٥) الحديث بهذا اللفظ أخرجه أحمد في مسنده مرفوعاً عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (١١/ ٢٤٥)، وكذلك أخرجه أبو داود في سننه، كتاب، باب هل يرث المسلم الكافر، (٣/ ١٢٥). قال ابن الملقن: الحديث قوي بشواهده. وحسنه الألباني. انظر: البدر المنير (٧/ ٢٢٤)، إرواء الغليل (٦/ ١٥٨).

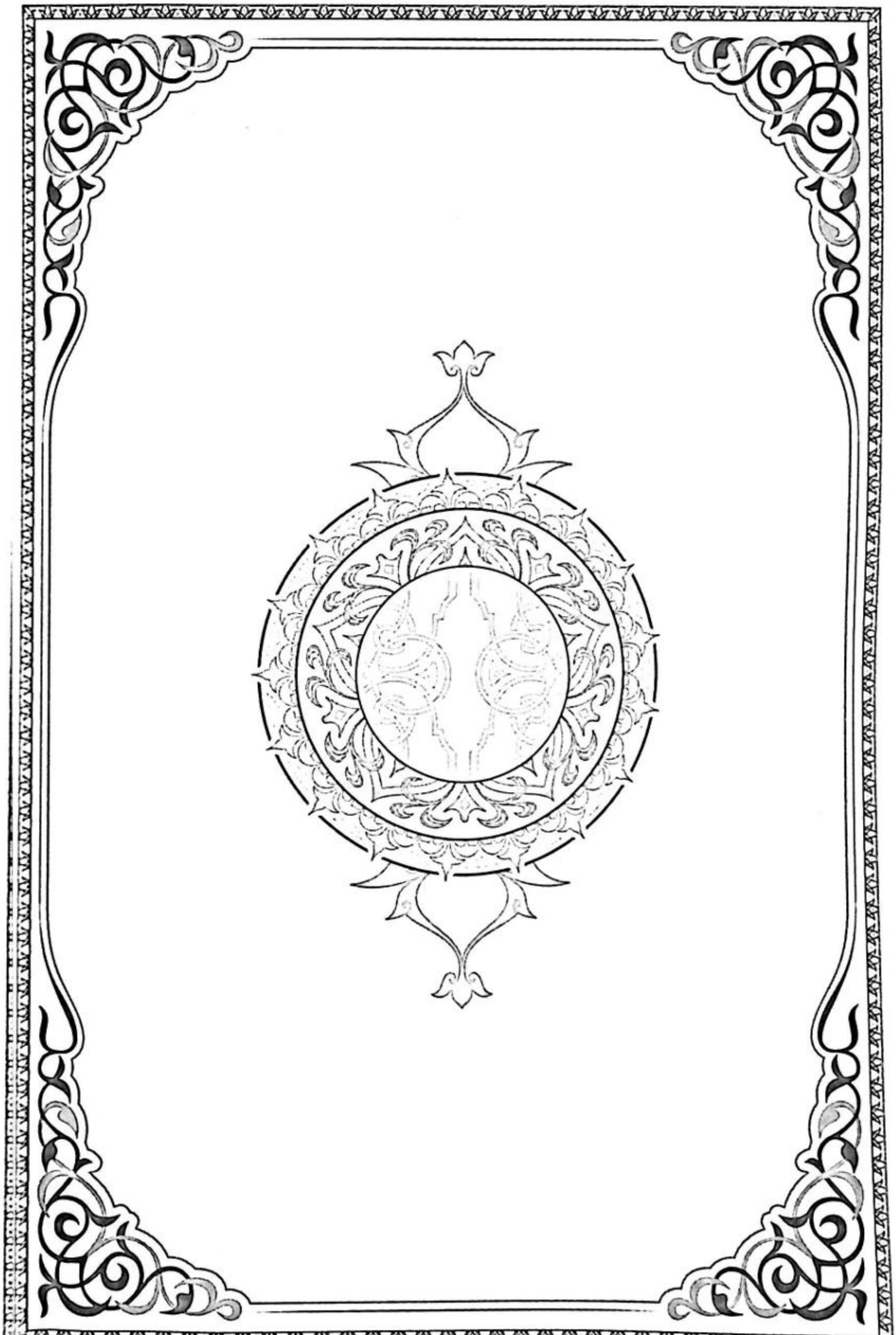
(٦) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤٣، المبسوط (٥/ ٢٢٦)، شرح الصدر الشهيد ص٣٤٣، شرح قاضي خان (٢/ ٨٨٤)، المحيط البرهاني (٣/ ٥٨٦)، تبيين الحقائق (٣/ ٦٣)، البناية شرح الهداية (٥/ ٧٠١).

(٧) كتبها الناسخ: (يعرف)، وما أثبته يقتضيه السياق، وأثبته من: شرح قاضي خان (٢/ ٨٨٤).

تثبت؛ لأنها تثبت بالقبض، والقبض لم يوجد[١].

* * *

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤٣، المبسوط (١٣/ ١٤٧)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٨٤)، المحيط البرهاني (٧/ ٣١)، تبيين الحقائق (٦/ ٢٢)، البناية شرح الهداية (١٢/ ١٧٦)، فتح القدير (١٠/ ٤٤).



كتاب العتاق

كتاب العتاق[١]

الأصل في الإعتاق

الأصل في المسائل إلى [آخر][٢] الباب: أن الإعتاق عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ يتجزأ في حالتي اليسار والإعسار[٣]، وكذا التدبير[٤][٥]، وعند صاحبيه لا يتجزآن في الحالتين، والاستيلاد[٦] لا يتجزأ في قولهم[٧]. لهما: أن الإعتاق إثبات قوة؛ لأنه يُنْبِي عنها، يقال: عَتَق الفرخ، إذا قوي وطار من وكره[٨]؛ وفي الشرع: عبارة عن قوة حكمية، يظهر أثرها في دفع يد الاستيلاء عن نفسه، ثم في صيرورته أهلاً للاستيلاء على غيره، وأهلاً للولاية، والسلطنة، والشهادة[٩]. والقوة لا تتجزأ ثبوتاً فكذا إثباتاً، فمتى ثبت بعضها يثبت كلها ضرورة أنها لا تتجزأ، ولهذا إذا أعتق أم ولد بينه وبين غيره تعتق كلها.

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤٤.

(٢) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ٨٦)، الهداية (٢/ ٣٠١)، الجوهرة النيرة (٢/ ٩٩).

(٤) التدبير: لغة التصرف، أو النظر في عاقبة الأمور. وشرعاً: إعتاق المملوك بعد الموت بلا فصل. وقيل: عتقه بعد الموت، وتعليق العتق بالموت، فالمملوك مُدَبَّر بالفتح، والمالك مُدَبِّر بالكسر. انظر: أنيس الفقهاء ص٦٠، كشاف اصطلاحات الفنون (١/ ٤٠٢).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ١١٦)، المحيط البرهاني (٤/ ٦٩)، تبيين الحقائق (٣/ ٨٠).

(٦) الاستيلاد: لغة: طلب الولد مطلقاً. وشرعاً: جعل الأمة أم الولد، وهو بشيئين: ادعاء الولد وتملك الأمة. انظر: كشاف اصطلاحات الفنون (١/ ١٧٤).

(٧) الاستيلاد عند أبي يوسف ومحمد لا يتجزأ، أما عند أبي حنيفة هو متجزئ إلا أنه قد يتكامل عند وجود سبب التكامل وشرطه، وهو إمكان التكامل، وقيل: إنه لا يتجزأ عنده أيضاً لكن فيما يحتمل نقل الملك فيه. انظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٢٩)، تبيين الحقائق (٣/ ١٠١).

(٨) انظر: طلبة الطلبة ص٦٣.

(٩) انظر: تبيين الحقائق (٣/ ٦٧)، البناية شرح الهداية (٦/ ٣).

ولنا: أن معنى قولنا: الإعتاق يتجزأ، أي إزالة الملك تتجزأ؛ لأن الإعتاق إزالة الملك ابتداء؛ لأنه يصح منه بالإجماع، وتصرف المرء إنما يصح في حقه لا في حق غيره، وحقه في ملك العبد لا في رقه؛ لأن الرق عقوبة الكفر؛ لأنه ضُرب على الكافر جزاء على استنكافه عن عبادة ربه حيث جُعل عبد عبده، والعقوبة حق الله.

وقضيته: أن يزول بالإسلام لزوال الكفر، لكنه بقي صيانة لملك المالك عن البطلان، فإذا زال [ملكه يزول][١] الرق، وهو الضعف الحكمي؛ لأنه لا فائدة في بقائه، فيثبت ضده وهو العتق، فسمي إزالة الملك إعتاقاً؛ لكونه طريقاً لثبوت العتق، وهو القوة، وإنه جائز كالفصد[٢] والحجامة يسمى إصلاحاً، وإن كان تخريب البنية بابتدائه، لكن لما كان طريق الصلاح سمي إصلاحاً، والملك يتجزأ زوالاً فيتجزأ إزالة، فيزول ملكه عن نصيبه، ويبقى نصيب الشريك على ملكه، لكنه يفسد؛ لأن إعتاقه انعقد سبباً للحرية، فوجب تخريج نصيب الآخر إلى الحرية إما [بالتضمين][٣] أو السعاية[٤]، ولا يجوز بيعه، ولا هبته، ولا إخراجه عن ملكه إلى غيره بسبب من الأسباب، لكنه لم يتنجز العتق في نصيبه، بل تأخر إلى زوال الملك عن كله، حتى يزول ملكه بإزالته، أو بعوض يصل إليه إما بالتضمين أو الاستسعاء، وإنما كان للآخر أن [يعتق][٥] نصيبه؛ لأنه باق على ملكه، وإنما كان له أن يضمن شريكه؛ لأنه أفسد نصيبه، وإنما كان له أن

---

(١) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٢) الفصد: هو قطع العرق وشقه. انظر: مختار الصحاح ص٢٤٠، لسان العرب (٣/ ٣٣٦).

(٣) كتبها الناسخ: (التضمين)، والسياق يقتضي ما أثبته.

(٤) السعاية: هو أن يُسْتَسْعى المُستَسعى، وهو معتق البعض، يُسْتَسعى أي يطلب منه السعاية في قيمة ما لم يعتق منه. انظر: طلبة الطلبة ص٢٦.

(٥) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

يستسعي؛ لأن ماليته احتبست عنده، وإنه سبب الضمان، كثوب إنسان هبت به الريح فألقته في صبغ / [١٤٩/ أ] إنسان فانصبغ، فَلِرَبِّ الثوب أن يضمنه قيمته أبيض(١)، بخلاف ما إذا أعتق أم ولد بينه وبين غيره؛ لأنه تعذر التوقيف إلى حين التضمين أو السعاية؛ لأن المحل لا يقبله؛ لأن أم الولد غير متقومة؛ ولهذا لم يتجزأ الاستيلاد؛ لأنه تعذر التأخير إلى استيلاد شريكه، أو تضمينه، أو سعايته(٢).

وإن أم الولد غير متقومة عند أبي حنيفة، خلافاً لصاحبيه(٣). وجهالة ما يُقضى به أو المقضي عليه تمنع صحة القضاء بذلك مع الجهالة(٤). وإن من أفسد ملك الغير برضاه لا يضمن؛ لأن الضمان إنما شرع للنظر، فمن رضي بالضرر لا يستحق النظر(٥).

عبد بين شريكين أعتقه أحدهما وهو معسر

فإذا عرف هذا نقول: عبد بين شريكين، أعتقه أحدهما وهو معسر، فعند أبي حنيفة لشريكه أن يعتق نصيبه، أو يستسعي، وأيهما فعل جاز، والولاء بينهما؛ لأن نصيب [كل واحد منهما](٦) عتق على ملكه؛ لأن العتق عنده يتجزأ.

---

(١) هذا في حالة لو أخذ صاحب الصبغ الثوب، أما لو أراد صاحب الثوب الثوب، فلصاحب الصبغ أن يضمن صاحب الثوب قيمة الصبغ؛ لأنه لا جناية من صاحب الصبغ. انظر: المبسوط (٧/ ١٠٦)، بدائع الصنائع (٤/ ٨٨)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٨٦)، الهداية (٢/ ٣٠٢)، تبيين الحقائق (٣/ ٧٥)، البحر الرائق (٤/ ٢٥٤).

(٢) انظر: المبسوط (٧/ ١٠٤)، شرح الصدر الشهيد ص٣٤٤، بدائع الصنائع (٤/ ٨٦)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٨٥)، الجوهرة النيرة (٢/ ٩٩)، فتح القدير (٤/ ٤٦٢)، البحر الرائق (٤/ ٢٥٣).

(٣) انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ٢٧٥)، الهداية (٢/ ٣٠٦).

(٤) انظر: المبسوط (٧/ ١١٨)، الهداية (٢/ ٣٠٣)، تبيين الحقائق (٣/ ٧٧).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ٥٠)، الهداية (٢/ ٣٠٤)، البحر الرائق (٤/ ٢٥٩).

(٦) سقط، والمعنى أن العبد عتق بإعتاق كل من الشريكين لنصيبه، فلذلك استحقا أن يكون الولاء بينهما. انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٨٨٦).

وإن كان موسراً إن شاء أعتق؛ لأنه باق على ملكه، وإن شاء استسعى؛ لأن مالية نصيبه احتبست عنده، وأيهما فعل [عتق على ملكه، فيكون الولاء بينهما، وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه(١)](٢)، وعتق الكل على ملكه، وصار كل الولاء له، وعند صاحبيه يعتق كله؛ لأن الإعتاق عندهما لا يتجزأ، فإن كان موسراً ليس لشريكه إلا التضمين، وإن كان معسراً فليس له إلا السعاية، والولاء كله له؛ لأنه عتق عليه(٣).

حد اليسار في باب العتق

وحد اليسار أن يكون قادراً على [قيمة](٤) نصيب شريكه؛ لأنه ضمان تملك(٥)، فيشترط فيه القدرة على الأداء فحسب، بخلاف الغنى في باب الزكاة وحرمة الصدقة(٦).

وتعتبر قيمة العبد يوم أعتق، وحال المعتق في اليسار والإعسار يومئذ؛ لأنه وقت السبب(٧).

---

(١) كتب الناسخ هنا: "ويخير هو بين الإعتاق والسعاية، وأيهما فعل جاز"، ويبدو أن هذا سبق قلم من الناسخ؛ لأن هذا الكلام مرَّ في حال أعتق أحد الشريكين العبد الذي بينهما، وكان المعتق معسراً.

(٢) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤٤، المبسوط (٧/ ١٠٤)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٨٥)، الهداية (٢/ ٣٠١)، تبيين الحقائق (٣/ ٧٤)، الجوهرة النيرة (٢/ ١٠٠).

(٤) كتبها الناسخ: (قيمته)، والسياق يقتضي ما أثبته.

(٥) ضمان التملك: هو أن يكون بمقابلة الضمان ملك العوض. انظر: بدائع الصنائع (٤/ ٨٩).

(٦) انظر: المبسوط (٧/ ١٠٥)، تحفة الفقهاء (٢/ ٢٦٢)، الهداية (٢/ ٣٠٢)، تبيين الحقائق (٣/ ٧٥).

(٧) انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ٢٦٣)، تبيين الحقائق (٣/ ٧٥)، الجوهرة النيرة (٢/ ١٠٠)، البناية (٦/ ٤٠).

رجل أعتق نصف عبده

رجل أعتق نصف عبده، عتق نصفه وبقي النصف الآخر على ملكه عند أبي حنيفة، إن شاء أعتقه، وإن شاء استسعى؛ لأن العتق عنده يتجزأ، وعندهما يعتق كله؛ لأن العتق عندهما لا يتجزأ[١].

عبد بين ثلاثة، دبره أحدهم

عبد بين ثلاثة دَبَّره أحدهم وهو موسر، ثم أعتقه الآخر [وهو موسر][٢]، فللساكت عند أبي حنيفة أن يُضمن الذي دبر، وليس له أن يضمن الذي أعتق؛ لأن ضمان الإعتاق والتدبير ضمان تملك بشرط الضمان، لكن حين دبره كان نصيب الساكت قابلاً للتملك فانعقد سبباً، وحين أعتق الآخر لم يكن قابلاً للتملك فلم ينعقد سبباً، وللذي دبر أن يضمن المعتق قيمة نصيبه مدبراً؛ لأنه أفسده مدبراً.

وعند أبي يوسف ومحمد صار العبد كله مدبراً حين دبر الأول، ويضمن المدبر ثلثي قيمته لشريكيه موسراً كان أو معسراً؛ / [١٤٩/ب] لأن ضمان التدبير ضمان تمليك عندهما، فلا يختلف باليسار والإعسار[٣].

أمة بين اثنين ادعى أحدهما أن صاحبه استولدها

أمة بين اثنين، زعم أحدهما أن صاحبه استولدها، تخدم المنكر يوماً وتوقف يوماً، وليس لهما غير ذلك عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه للمنكر أن يستسعيها في نصيبه، فإذا أدت السعاية عتقت، واختلفوا في خدمة المنكر على قولهما [والأصح][٤] أنها لا تخدم. لهما: أن الزاعم حين أقر أنها [أم][٥] ولد

(١) انظر: المبسوط (٧/ ١٠٣)، المحيط البرهاني (٤/ ٣٩).
(٢) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.
(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤٥، شرح الصدر الشهيد ص٣٤٥، شرح قاضي خان (٢/ ٨٨٧)، الهداية (٢/ ٣٠٢)، تبيين الحقائق (٣/ ٨٠).
(٤) كتبها الناسخ: (فالأصح)، والسياق يقتضي ما أثبته.
(٥) سقط، يقتضيه سياق الكلام.

صاحبه كان الملك له ظاهراً في نصيبه، ومن أقر على غيره والملك ظاهر، أو لديه المقر له، انقلب إقراره عليه وصار هو المستولد، كمشتري عبد أقر أن بائعه كان أعتقه، انقلب عليه إقراره وعتق عليه ويلزمه الثمن، فكذا فيما نحن فيه، إلا أنه ليس لشريكه أن يضمنه؛ لأنه ينكر الضمان بإحالة الاستيلاد إلى صاحبه. ولأبي حنيفة: أنه لما ادعى أنها أم ولد لغيره فقد أقر أنه لا ملك له فيها ولا حق استخدام، وأن صاحبه يملك نصيبه بالقيمة، فيقبل إقراره في حقه، فبطل حقه في الخدمة والملك، ولا يقبل في حق شريكه حتى لا يثبت له حق نصيبه، وإنما تخدم المنكر يوماً؛ لأن إقراره لا يخلو إما أن يكون صدقاً [أو كذباً، فإن][1] كان صدقاً فله أن يستخدم كلها، وإن كان كذباً فله حق الاستخدام في النصف، فإذاً النصف ثابت بيقين، وفي النصف الآخر شك، فلهذا قلنا تخدمه يوما وتوقف يوماً.

وإن مات المنكر عتقت وسعت في نصف قيمتها لورثته، ونصف الولاء له، والنصف [الآخر][2] موقوف؛ لأن المدعي يحيل الولاء إلى المنكر وهو لا يقبل[3].

أم ولد بين رجلين أعتقها أحدهما

أم ولد بين [رجلين][4]، أعتقها أحدهما وهو موسر، لا يضمن نصيب شريكه عند أبي حنيفة؛ لأنها غير متقومة عنده، وعند صاحبيه يضمن؛ لأنها متقومة

---

(١) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٢) سقط، وأثبته من: بدائع الصنائع (٤/ ١٢٧).

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤٦، المبسوط (٧/ ١٣٠)، شرح الصدر الشهيد ص٣٤٦، بدائع الصنائع (٤/ ١٢٦)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٨٩)، تبيين الحقائق (٣/ ٨٢)، البناية شرح الهداية (٦/ ٥٤).

(٤) سقط، وأثبته من: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤٦.

عندهما؛ لأن الشيء إنما يتقوم بكونه محرزاً منتفعاً به، وأم الولد محرزة منتفع بها. قلنا: يصير متقوماً بكونه محرزاً إحراز الأموال، وهذه غير محرزة إحراز الأموال، فإنها تحرز للنسب والاستمتاع، والإحراز للمالية تبع في هذا الباب، فلا تصير متقومة[1].

أم ولد جاءت بولد فادعاه أحدهما

أم ولد بين اثنين، جاءت بولد فادعاه أحدهما وهو موسر، ثبت نسبه منه ولا يضمن لشريكه شيئاً عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه يضمن نصف قيمتها إن كان موسراً، وإن كان معسراً سعت في نصف قيمتها، [بناء على][2] الخلاف الذي ذكرنا في تقوم أم الولد[3].

أم ولد بين اثنين، مات أحدهما

أم ولد بين اثنين، مات أحدهما عتقت ولا تسعى للشريك في شيء عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه تسعى في نصف قيمتها، بناء على الخلاف المذكور في تقومها[4].

رجل اشترى جارية فولدت عنده

رجل باع جاريته من رجل، فولدت عند المشتري لأقل من ستة أشهر من [وقت][5] البيع، فماتت الأم فادعى البائع أن الولد ولده ثبت نسبه منه؛ لأنا تيقنا

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤٦، شرح الصدر الشهيد ص٣٤٦، شرح قاضي خان (٢/ ٨٩١)، تبيين الحقائق (٣/ ٨٤)، البناية شرح الهداية (٦/ ٥٥)، فتح القدير (٤/ ٤٨٦).

(٢) كتبها الناسخ: (على بناء)، وهو سبق قلم من الناسخ، والسياق يقتضي ما أثبته.

(٣) انظر: المبسوط (٧/ ١٦١)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٩١)، تبيين الحقائق (٣/ ٨٤)، البناية شرح الهداية (٦/ ٥٥)، فتح القدير (٤/ ٤٨٧)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٦٦٦).

(٤) انظر: المبسوط (٧/ ١٦١)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٩١)، تبيين الحقائق (٣/ ٨٤)، البناية شرح الهداية (٦/ ٥٥)، فتح القدير (٤/ ٤٨٧).

(٥) كتبها الناسخ: (الوقت)، والسياق يقتضي ما أثبته.

بالعلوق/ [١٥٠/ أ] في ملكه، ويرد الثمن كله، ولا يحبس حصة الأم من الثمن؛ لأنه ظهر أنها كانت أم ولده حين باعها، وبيع أم الولد باطل[1].

رجل غصب أم ولد رجل آخر

رجل غصب أم ولد رجل، فهلكت عنده لم يضمن عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه يضمن، بناء على أنها غير متقومة عنده خلافاً لهما[2].

عبد بين اثنين، علقا حريته على شرط وعكسه

عبد بين اثنين، قال أحدهما: إن دخل فلان هذه الدار غداً فهو حر، وقال الآخر: إن لم يدخل فلان هذه الدار غداً فهو حر، فمضى الغد وهما متفقان على أنهما لا يدريان أنه دخل أو لا ؟ عتق نصفه وسعى في نصف قيمته بينهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف، لكن عند أبي حنيفة يسعى لهما سواء كانا موسرين أو معسرين، أو أحدهما موسر والآخر معسر، وعند أبي يوسف يسعى لهما إن كانا معسرين ولا يسعى لهما إن كانا موسرين.

وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً سعى للموسر منهما دون المعسر، وعند محمد يسعى في جميع قيمته؛ لأن المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول، فتعذر القضاء بذلك[3].

---

(١) وهذا عند أبي حنيفة، أما عند صاحبيه يحبس حصة الأم من الثمن ويرد الباقي. انظر: شرح قاضي خان (٢/ ٨٩١)، تبيين الحقائق (٣/ ٨٤)، البناية شرح الهداية (٦/ ٥٦)، فتح القدير (٤/ ٤٨٧).

(٢) انظر: المبسوط (٧/ ١٦١)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٩١)، البناية (٦/ ٥٥)، فتح القدير (٤/ ٤٨٧).

(٣) تفصيل قول محمد: يسعى لهما في جميع القيمة إن كانا معسرين، وإن كانا موسرين فلا سعاية، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً سعى للموسر في نصف القيمة ولا يسعى للمعسر في شيء. انظر:شرح قاضي خان (٢/ ٨٩٣)، البناية شرح الهداية (٦/ ٤٥).

ولهما: تيقنا ببراءته من نصف السعاية، ولا يمكن القضاء به مع اليقين ببراءته منه، والجهالة ترتفع بالتوزيع[١].

وإن كان لكل واحد منهما عبد، فحلف كل واحد بعتق عبده، وباقي المسألة على حالها لا يعتق واحد منهما؛ لأن المقضي له بالعتق مجهول، وكذا المقضي عليه به، فعجز القاضي عن القضاء بذلك؛ لمكان الجهالة[٢].

رجلان اشتريا عبداً هو ابن أحدهما

رجلان اشتريا عبداً، هو ابن أحدهما وهو موسر، وشريكه يعلم أنه ابن الشريك أو لا يعلم عنه، على الأب نصيبه عند أبي حنيفة ولا يضمن لشريكه شيئاً، وعند صاحبيه يضمن؛ لأن شراء ابنه إعتاق، فصار كما إذا أعتق عبداً مشتركاً بينه وبين غيره وهو موسر يضمن نصيب شريكه، فكذا هذا[٣].

ولنا: أن إعتاق نصيبه إفساد لنصيب شريكه، وقد أفسده برضاه فلا يضمن، كما إذا أعتقه بطلبه، آية أنه كذلك: لأن الخلاف فيما إذا قال: تعال نشتري هذا العبد، وإنه إفصاح بطلب شراء العبد، ورضاؤه وشراؤه له إعتاق، فكان رضا به، سواء علم به الشريك أو لم يعلم، وإن كان الرضا لا يتصور مع الجهل؛ لأن الرضا ثبت ضمناً للطلب، وضرورة الطلب لا تختلف بالعلم والجهل؛ لأن الرضا ثبت ضرورة، وما ثبت ضرورة لا يشترط له شرائط نفسه[٤].

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤٦، المبسوط (٧/ ١١٧)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٩٢)، تبيين الحقائق (٣/ ٧٧)، البناية شرح الهداية (٦/ ٤٥).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤٧، شرح الصدر الشهيد ص٣٤٧، بدائع الصنائع (٤/ ٩٨)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٩٤)، تبيين الحقائق (٣/ ٧٨)، البناية شرح الهداية (٦/ ٤٦)، فتح القدير (٤/ ٤٧٤).

(٣) وهذا عندهما فيما لو كان الأب موسراً، أما إذا كان معسراً سعى العبد الذي هو الابن في نصف قيمته لشريك أبيه. انظر: شرح الصدر الشهيد ص٣٤٧، شرح قاضي خان (٢/ ٩٨٥)، الهداية (٢/ ٣٠٤).

(٤) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ٢٤٧، شرح قاضي خان (٢/ ٨٩٤)، تبيين الحقائق=

رجل باع نصف عبده من أب العبد

رجل باع نصف عبده من أب العبد، لا يضمن عند أبي حنيفة، خلافاً لهما؛ لما ذكرنا، والله أعلم[١].

* * *

= (٣/ ٧٨)، الجوهرة النيرة (٢/ ١٠١)، البناية شرح الهداية (٦/ ٤٦)، فتح القدير (٤/ ٤٧٥).

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤٨، شرح الصدر الشهيد ص٣٤٧، شرح قاضي خان (٢/ ٨٩٥)، تبيين الحقائق (٣/ ٨٠)، البناية شرح الهداية (٦/ ٤٩).

باب الحلف بالعتق[١]

الأصل في باب الحلف بالعتق

الأصل فيه: وهو أن العتق متى أضيف إلى / [١٥٠/ب] محل يقع فيه إذا كان في ملكه، سواء كان منجزاً، أو معلقاً، أو مضافاً إلى وقت[٢]؛ لأن المعلق بالشرط كالمنطوق به حال وجوده[٣].

رجل قال: إذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ حر

إذا عرف هذا نقول: قال: «رجل قال: إذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ حر، ولم يكن له مملوك، فاشترى مملوكاً ودخل الدار عتق»[٤]؛ لأنه أضاف العتق إلى كل مملوك له يوم دخل الدار؛ لأن قوله: (يومئذ) عبارة عن وقت دخوله الدار، والذي اشتراه مملوكه يوم دخل الدار فعتق، وكذلك كل مملوك له يوم دخل يعتق، سواء استحدث ملكه قبل الدخول، أو قبله بساعة، وكذا ما كان في ملكه يوم حلف إذا بقي إلى وقت الدخول[٥].

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤٨.
(٢) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ٩٨).
(٣) هذه قاعدة فقهية وردت عند الحنفية بألفاظ متقاربة، وأقرب لفظ إلى اللفظ المذكور هنا هو ما ذكره صاحبا كشف الأسرار والعناية شرح الهداية، وهو قولهما: المعلق بالشرط كالملفوظ به لدى الشرط. ومن الألفاظ التي وردت بها أيضاً: المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط، المعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمرسل، المعلق بالشرط معدوم قبله، المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط. انظر: أصول السرخسي (١/ ٢٢)، المبسوط (٧/ ٩١)، تحفة الفقهاء (٢/ ٧٨)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٦٥)، الهداية (٢/ ٢٥٢)، المحيط البرهاني (٤/ ٣٧)، كشف الأسرار (٢/ ١٩٣)، تبيين الحقائق (٢/ ٢١٩)، العناية شرح الهداية (٤/ ١١٥)، البحر الرائق (٣/ ٣٣٣)، ترتيب اللآلئ في سلك الأمالي (٢/ ١٠٥٩)، الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية ص٤٠١.
(٤) الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤٨.
(٥) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤٨، بدائع الصنائع (٤/ ٧٠)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٩٦)، المحيط البرهاني (٤/ ٢٢)، تبيين الحقائق (٣/ ٩٠)، البناية شرح الهداية (٦/ ٧٠).

رجل قال: كل مملوك لي ذكر فهو حر

فإن لم يقل: (يومئذ)، والمسألة بحالها، لم يعتق الذي استحدثه بعدما حلف؛ لأنه أضاف العتق إلى كل مملوك له يوم حلف دون غيره[١].

رجل قال: كل مملوك لي ذكر فهو حر، وله جارية حامل ولدت ولداً ذكراً لأقل من ستة أشهر من وقت الحلف لا يعتق؛ لأن اسم المملوك بإطلاقه يتناول المملوك مقصوداً والمملوك من كل وجه، والحمل مملوك تبعاً لا مقصوداً، فلا يتناوله اسم المملوك مطلقاً، وكذا المكاتب لا يدخل فيه؛ لأنه مملوك ذاتاً لا يداً، فلم يكن مملوكاً من كل وجه[٢].

لو قال: كل مملوك أملكه فهو حر

ولو قال: كل مملوك أملكه فهو حر إذا جاء [غد][٣]، [أو][٤] قال: كل مملوك يملكه فهو حر إذا جاء غد، فهو على ما يملكه يوم حلف؛ لأن قوله: (أملك)، (ويملك) مضارع، والمضارع وإن كان يصلح للحال والاستقبال إلا أنه غلب استعماله للحال عرفاً، فانصرف إليه، وإنما يخلص للاستقبال إذا دخله (السين) أو (سوف)، ولم يوجد[٥].

* * *

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤٨، شرح الصدر الشهيد ص٣٤٨، شرح قاضي خان (٢/ ٨٩٦)، المحيط البرهاني (٤/ ٢٢)، تبيين الحقائق (٣/ ٩٠)، البناية شرح الهداية (٦/ ٧٠)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٦٧٢).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤٨، شرح قاضي خان (٢/ ٨٩٧)، تبيين الحقائق (٣/ ٩١)، البناية شرح الهداية (٦/ ٧١).

(٣) سقط، وأثبته من: شرح قاضي خان (٢/ ٨٩٧).

(٤) كتبها الناسخ: (و)، والسياق يقتضي ما أثبته، وأثبته من: شرح قاضي خان (٢/ ٨٩٧).

(٥) انظر: المبسوط (٧/ ٨١)، شرح الصدر الشهيد ص٣٤٨، شرح قاضي خان (٢/ ٨٩٧)، تبيين الحقائق (٣/ ٩١)، البناية شرح الهداية (٦/ ٧١)، فتح القدير (٤/ ٥١٥).

باب الرجل يعتق أحد العبدين[1]

الأصل في الرجل يعتق أحد عبديه

الأصل فيه: وهو أن من أضاف العتق إلى أحد عبديه مُنَكَّراً يصح، ولا ينزل في الـمُنَكَّر؛ لأنه لا يفيد فائدته؛ لأن العتق عبارة عن قوة حكمية يظهر أثرها في دفع يد الاستيلاء عن نفسه، ثم صيرورته أهلاً للاستيلاء على غيره، وهذا لا يمكن إتيانه في الـمُنَكَّر؛ لأنه لا يفيد فائدته[2]، بخلاف الطلاق المبهم حيث ينزل في الـمُنَكَّر؛ لأن حكمه الحرمة وأثرها في المنع عن الاستمتاع بها، وإنه مفيد؛ لأنه يمكنه المنع عن الاستمتاع بها، للمنع عن الاستمتاع بهما، وتعلق نزوله في المعين بالبيان، فإذا بَيَّن في أحدهما ينزل مقتصراً.

وللبيان حكم الإنشاء عند أبي يوسف، حتى إن العبدين إذا خاصماه عند القاضي، يجبره على أن يوقع العتق في أحدهما؛ لأنه لا يمكنه استرقاقهما؛ لانعقاد سبب الحرية، فلو لم يختر ولم / [١٥١/أ] يبين كان تسيباً[3] للملك، وإنه لا يجوز[4].

ما يقع به البيان

والبيان قد يقع صريحاً: بأن يقول: عنيت به هذا، أو أعتقت هذا. ودلالة: بأن يتصرف في أحدها تصرفاً يختص بالملك، كالبيع، والهبة، والإجارة، والإعتاق، والتدبير؛ لأن ذلك دليل استبقاء الملك فيه، وإنه دليل انتفاء الملك عن الآخر.

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤٩.

(٢) وهذا العتق يسميه بعض فقهاء الحنفية العتق المبهم. انظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٠٢)، المحيط البرهاني (٤/ ٣١).

(٣) التَّسَيُّب: من ساب، أي جرى وذهب، والـمُسَيَّب أي المهمل، يقال: صبي مسيب أي مهمل ليس معه رقيب، ومنه السائبة وهي الناقة التي تهمل فترعى أنى شاءت، وعبد سائبة أي معتق لا ولاء بينه وبين من أعتقه، والسائبة هي المال الذي يسيبه صاحبه أي يهمله. انظر: طلبة الطلبة ص١٠٧، المغرب في ترتيب المعرب ص٢٤١.

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ٦٤، ١٠٢).

وضرورة: نحو أن يموت أحدهما؛ لأنه بالموت خرج من أن يكون محلاً للإنشاء، فخرج من أن يكون محلاً للبيان؛ لأن للبيان حكم الإنشاء[١][٢].

الوطء في العتق المبهم

والوطء في العتق المبهم لا يكون بياناً عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعند صاحبيه يكون بياناً، والوطء في الطلاق المبهم يكون بياناً في قولهم، هما يقيسانه على الطلاق المبهم بمعنى يجمعهما، وهو أن العتق نزل في إحداهما مُنَكَّراً فحرم الوطء، فمتى وطأ إحداهما حكم بحل وطئه حملاً لأمره على الصحة، وحل الوطء لا يوجد بدون ملك اليمين في هذه، فتعينت هذه للملك، فتعينت الأخرى لزوال الملك وثبوت الحرية، وبهذا المعنى صار بياناً في الطلاق المبهم، وإنه موجود هاهنا فيكون بياناً.

ولنا: أن العتق غير نازل في إحداهما؛ لما بينا من المعنى، يدل عليه الحكم الجزم، فإنه إذا قال لأمتيه: إحداكما حرة، فجاء أجنبي وقطع يديهما يجب عليه أرش يدي الأمتين، فلو نزل العتق في إحداهما لوجب أرش يد أمة وأرش يد حرة، فإذا لم ينزل العتق في إحداهما بل تعلق نزوله بالبيان، كان وطؤهما حلالاً له، فلم يكن من ضرورة حل وطء إحداهما حرمة الأخرى، بخلاف الطلاق المبهم، فإنه نازل في إحداهما غير عين؛ لما بينا[٣].

---

(١) هذه قاعدة ذكرها بعض الحنفية في كتبهم. انظر: المحيط البرهاني (٤/ ٣٣)، كشف الأسرار (٢/ ١٤٥)، تبيين الحقائق (٣/ ٨٦)، فتح القدير (٤/ ٤٩١).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٠٣)، فتح القدير (٤/ ٤٩٨).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٠٤)، تبيين الحقائق (٣/ ٨٧)، البناية شرح الهداية (٦/ ٦٤)، فتح القدير (٤/ ٥٠٠)، البحر الرائق (٤/ ٢٦٩).

فإذا مات قبل البيان شاع العتق فيهما؛ لأنه تعذر البيان من المعتق لموته، ومن الورثة لأنهم ما أبهموا، وتعذر استرقاقها؛ لانعقاد سبب الحرية وشاع العتق فيهما، فيعتبر في ذلك الأحوال(١).

والشهادة القائمة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى عند أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه، والشهادة القائمة على عتق الأمة وطلاق المرأة تقبل من غير دعوى(٢).

رجل له ثلاثة أعبد، فأعتق أحدهم ولم يبين

فإذا عرف هذا نقول: قال: رجل له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان منهم، فقال: أحدكما حر، فخرج أحدهما ودخل الثالث، فقال أحدكما: حر، ومات قبل البيان، يسمى الذي خرج خارجاً، والذي بقي ثابتاً، والثالث داخلاً، وأجمعوا(٣) أنه يعتق من الخارج نصفه؛ لأنه يعتق في حال دون حال فيتنصف، ويعتق من الثابت ثلاثة أرباعه، نصفه بالإيجاب الأول، وربعه بالإيجاب الثاني، واختلفوا في الداخل، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: يعتق نصفه.

وقال محمد: يعتق ربعه؛ لأن الإيجاب الثاني دائر بين الثابت / [١٥١/ب] والداخل، وقد أصاب الثابت ربعه، فكذا الداخل. ولنا: أن الإيجاب الثاني دائر بينهما، لكن الداخل يعتق كله في حال وهو إذا أراده بالإيجاب الثاني، ولا يعتق في حال وهو إذا لم يرده، فإذا [كان يعتق بحال و](٤) لا يعتق في حال فيعتق نصفه، والثابت يصيبه النصف في حال وهو إذا لم يرده بالإيجاب الأول، ولا يصيبه في حال وهو إذا أراده بالإيجاب الأول؛ لأنه يعتق كله بالإيجاب الأول، فإذاً يصيبه

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٠٥)، فتح القدير (٤/ ٥٠٢).

(٢) انظر: المبسوط (٧/ ٩٣)، البناية شرح الهداية (٦/ ٦٨)، فتح القدير (٤/ ٥٠٦).

(٣) المراد بالإجماع هنا إجماع أصحاب المذهب. انظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٠٧).

(٤) انظر: سقط، يقتضيه سياق الكلام، وأثبته بمعناه من: شرح قاضي خان (٢/ ٨٩٩).

النصف في حال دون حال فيتنصف فيصيبه الربع، هذا إذا قال ذلك في صحته، وإن قاله في مرض موته يقسم الثُّلُث بينهم على ما ذكرناه[١].

واحتج محمد عليهما بمسألة ذكرها في الزيادات[٢]، وهي رجل له ثلاث نسوة لم يدخل بواحدة منهن، فدخلت عليه ثنتان، فقال: إحداكما طالق، فخرجت إحداهما، ودخلت الثالثة، فقال: إحداكما طالق، فللخارجة ربع مهر، والثابتة ثلاثة أثمان، مهر وللداخلة ثمن مهر[٣]، فإذا ثبت للداخلة ثمن مهرها هنا ينبغي أن يثبت للداخل ربع عتق؛ لأن ما ثبت هاهنا ثبت صفقة ثَمَّ؛ لأن بالطلاق قبل الدخول يسقط نصف المهر ويتقرر النصف، وثَمَّ لا يسقط من العتق شيء.

قيل في جوابه: هذا قول محمد وحده، وعلى قولهما ينبغي أن يكون للداخلة ربع مهرها[٤]، ولئن سلمنا أن هذا قول الكل، فالفرق بينما مذكور في الزيادات[٥].

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٤٩، المبسوط (٧/ ١٣٧)، شرح الصدر الشهيد ص٣٤٩، بدائع الصنائع (٤/ ١٠٧)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٩٨)، تبيين الحقائق (٣/ ٨٤)، البناية شرح الهداية (٦/ ٥٨)، فتح القدير (٤/ ٤٩٠).

(٢) انظر: شرح الزيادات (٢/ ٤٤١).

(٣) هكذا وردت، والصواب أنه يسقط من مهر الخارجة الربع، ويسقط من مهر الثابتة ثلاثة أثمانه، ويسقط من مهر الداخلة الثمن، كما ورد في الزيادات وذكر ذلك أيضاً صاحب المبسوط والهداية وتبيين الحقائق وغيرهم، ويؤكد ذلك أن قاضي خان في شرحه ذكر ما يثبت لهن من المهر فقال: للخارجة ثلاثة أرباع المهر، وللثابتة خمسة أثمان المهر، وللداخلة سبعة أثمان المهر. انظر: المبسوط (٧/ ١٣٨)، شرح الزيادات (٢/ ٤٤٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٨٩٩)، الهداية (٢/ ٣٠٧)، تبيين الحقائق (٣/ ٨٥)، البناية شرح الهداية (٦/ ٦١).

(٤) الصواب أنه على قولهما يسقط من مهر الداخلة الربع، ويثبت لها ثلاثة أرباع. انظر: المبسوط (٧/ ١٣٨)، شرح قاضي خان (٢/ ٩٠٠)، الهداية (٢/ ٣٠٧)، تبيين الحقائق (٣/ ٨٥).

(٥) ورد الفرق في الحاشية، وهذا نص الكلام المذكور: "والفرق لهما بين العتق والطلاق: أن العبد له أحوال ثلاثة: حالة العتق، وحالة الرق، وحالة مترددة وهي حالة الكتابة، ويدخل=

رجل قال لعبديه: أحدكما حر، ثم مات أحدهما، تعين الآخر للعتق؛ لما بينا أن بالموت خرج من أن يكون محلاً للإنشاء.

رجل قال لعبديه: أحدكما حر ثم مات

ولو أعتق أحدهما، أو دبره، أو باعه، أو وهبه، فكذلك؛ لأن هذا تصرف يختص بالملك، فيكون بياناً دلالة(١).

ولو قال لأمتيه: إحداكما حرة، فوطئ إحداهما لا يكون بياناً للعتق في الأخرى عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه يكون، بناء على أن الوطء في العتق المبهم لا يكون بياناً عنده، وعندهما يكون لما بينا.

لو قال لأمتيه: إحداكما حرة فوطئ إحداهما

ولو قال لامرأتيه: إحداكما طالق، ثم وطئ إحداهما، تعينت الأخرى للطلاق؛ لما بينا أن الوطء في الطلاق المبهم يكون بياناً في قولهم(٢).

رجل **قال** لأمته: إن كان أول [ولد](٣) تلدينه غلاماً فأنت حرة، فولدت غلاماً وجارية في بطن واحد لا يدرى أيهما أول، فهذه على ستة أوجه، أحدها: تصادقا على أنهما لا يدريان أيهما أول، يعتق من الأم نصفها، وكذلك من البنت؛

لو قال لأمته: إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة

= البعض السعاية في قول أبي حنيفة، والثابت إذا تردد حاله بين الرق والحرية كان محلاً للعتق وأمكن تصحيح الكلام الثاني على كل حال، أما المرأة ليس لها إلا حالتان حالة النكاح وحالة الطلاق، والطلاق لا يتجزأ عند الكل، إذا طلقت نصف الثابتة بالتوزيع طلقت كلها، فلا يصح الإيجاب الثاني، فلا بد من اعتبار الأحوال في الطلاق. من الزيادات" ا.هـ. انظر: شرح الزيادات (٢/ ٤٤٣)، تبيين الحقائق (٣/ ٨٥)، البناية شرح الهداية (٦/ ٦١).

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٥٠، شرح الصدر الشهيد ص٣٤٩، شرح قاضي خان (٢/ ٩٠١)، الهداية (٢/ ٣٠٧)، المحيط (٤/ ٣٣)، تبيين الحقائق (٣/ ٨٦).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٥٠، شرح الصدر الشهيد ص٣٤٩، شرح قاضي خان (٢/ ٩٠١)، الهداية (٢/ ٣٠٧)، تبيين الحقائق (٣/ ٨٧).

(٣) سقط، وأثبته من: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٥٠.

لأن كل واحد منهما تعتق في حال ولا تعتق في حال فيتنصف[١]، ولا يعتق من الغلام شيء؛ لأنه لا يعتق بكل حال. والثاني: ادعت الأم أنها ولدت الغلام أولاً، والبنت صغيرة، وأنكر المولى، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه ينكر العتق، ويستحلف على علمه؛ لأنه يحلف على فعل غيره، / [١٥٢/ أ] فإن حلف لم يعتق أحد، وإن نكل تعتق الأم والبنت؛ لأن دعوى الأم للصغيرة تصح، فصار النكول حجة في حريتهما. والثالث: تصادقا على أنها ولدت الغلام أولاً، تعتق الأم والبنت؛ لأنه ثبت ولادة الغلام أولاً بتصادقهما، ولا يعتق الغلام. والرابع: تصادقا على أنها ولدت الجارية أولاً، لا يعتق أحد منهم؛ لأنه ثبتت ولادة الجارية أولاً بتصادقهما. والخامس: ادعت الأم أنها ولدت الغلام أولاً، ولم تدع البنت شيئاً وهي كبيرة، وأنكر المولى، يحلَّف، [فإن حلف][٢] لا يعتق أحد، وإن نكل عتقت الأم وحدها؛ لأن النكول يصير حجة باعتبار الدعوى، والدعوى وجدت من الأم دون البنت، ودعواها للبنت لا تصح؛ لأنها كبيرة. والسادس: أن تدعي البنت أن الأم ولدت الغلام أولاً، ولم تدع الأم شيئاً، والمسألة بحالها تعتق البنت إذا نكل دون الأم؛ لما بينا[٣].

لو شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه

رجلان شهدا على رجل أنه أعتق أحد عبديه، أو دبره في صحته، فأنكر، فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه جائزة؛ لما مر أن الشهادة القائمة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه تقبل بناء

---

(١) فيتنصف: المراد العتق.

(٢) كتبها الناسخ: (فحلف)، والسياق يقتضي ما أثبته.

(٣) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٥٠، المبسوط (٧/ ١٣٢)، بدائع الصنائع (٤/ ٦٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٩٠٢)، تبيين الحقائق (٣/ ٨٧)، البناية شرح الهداية (٦/ ٦٥).

على أن العتق حق العبد عنده، وعندهما حق الله تعالى، والشهادة القائمة على حق الله تقبل من غير دعوى؛ لأن أثر العتق في ثبوت حرمة الاستيلاء وإنها حق الله، ولهذا قبلت الشهادة القائمة على عتاق الأمة وطلاق المرأة من غير دعوى في قولهم؛ لأن في عتاق الأمة حرمة الفرج، وكذلك في الطلاق وإنها حق الله.

ولنا: أن العتق حق العبد؛ لما بينا أن العتق قوة حكمية يظهر أثرها في دفع يد الاستيلاء عن نفسه، ثم صيرورته أهلاً للاستيلاء على غيره، وإنه حق العبد؛ لأن حق المرء ما ينتفع به، والمنتفع به العبد، ولا تقبل الشهادة على حقه بدون دعواه كسائر حقوقه.

قوله: حكم العتق حرمة الاستيلاء ممنوع، وبيانه: وهو أن الحكم الأصلي الإعتاق ثبوت القوة؛ لأن اللفظ ينبئ عنه، وما ينبئ عنه التصرف يكون حكماً أصلياً له، فلو ثبتت الحرمة إنما تثبت ضرورة العتق، فلا تكون حكماً أصلياً، بخلاف عتاق الأمة، فإنه يتضمن تحريم الفرج، وحرمة الفرج حق الله، وحكم الطلاق الحرمة، وإنها حق الله، والشهادة القائمة على حقوق الله تقبل من غير دعوى.

وإن شهدا على أنه أعتق أحدهما، أو دبره في مرض موته، أو شهدا بعد وفاته أنه فعل ذلك في مرض موته، فقياس قول أبي حنيفة / [١٥٢/ ب] أن لا تقبل شهادتهما[1]، وعلى قياس قول صاحبيه تقبل[2].

---

(١) وفي الاستحسان تقبل شهادتهما عند أبي حنيفة. انظر: بدائع الصنائع (٤/ ١١٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٩٠٤).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٥١، المبسوط (٧/ ٩٨)، شرح الصدر الشهيد ص٣٥٠، بدائع الصنائع (٤/ ١١١)، شرح قاضي خان (٢/ ٩٠٣)، المحيط البرهاني (٤/ ٥٣)، تبيين الحقائق (٣/ ٨٨)، البناية شرح الهداية (٦/ ٦٧).

باب العتق على جعل[1]

الأصل في العتق على عوض

الأصل فيه: وهو أن الإعتاق على عوض إذا كان منجزاً، نحو قوله: أنت حر على ألف، أو بألف، ينعقد معاوضة في الحال؛ لأنه نجز المعاوضة، ويقتصر على القبول في المجلس، فإذا قبل عتق ساعتئذ؛ لأنه بمعنى بيع نفس العبد منه بمال؛ لأن بيع نفس العبد منه إعتاق على مال، وإنه ينعقد معاوضة للحال ويعتق بالقبول، كذا هذا[2].

وإن كان مضافاً إلى وقت في المستقبل، نحو قوله: أنت حر بعد موتي على ألف درهم، فالقبول بعد الموت؛ لأنه ينعقد معاوضة بعد الموت. وكذا إذا كان معلقاً بالأداء، نحو قوله: إن أديت إليَّ ألف درهم فأنت حر؛ لأنه ينعقد معاوضة عند الأداء؛ لأنه معلق به، وتعتبر أحكام التعليق قبل الأداء، وأحكام المعاوضة عند الأداء، بخلاف الكتابة، فإنها تنعقد معاوضة للحال، ويتأخر العتق عن القبول إلى سقوط المطالبة بأداء البدل، إما بالبدل أو بالإبراء؛ لأنها معاوضة فيها معنى التعليق، فمن حيث أن فيها معنى التعليق لا تتنجز الحرية، ومن حيث أنها معاوضة لا يتعلق العتق بالأداء[3].

والعوض متى قوبل بما يقبل المقابلة وبما لا يقبل ينصرف إلى ما يقبل، كمن طلق امرأته ثنتين، ثم قالت طلقني ثلاثاً بألف، فطلقها تقع واحدة بألف بالثلاث[4]،

---

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٥١.

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ٧٣)، تبيين الحقائق (٣/ ٩٣).

(٣) انظر: بدائع الصنائع (٤/ ٧٣)، تبيين الحقائق (٣/ ٩٤-٩٥)، فتح القدير (٥/ ٦، ١١).

(٤) أي بقوله: طلقت ثلاثاً، تقع واحدة؛ لأنه لم يبق له من عدد الطلقات إلا واحدة، ويستحق الألف كاملة. فهذا معنى قول الشارح: تقع واحدة بألف بالثلاث. انظر: المبسوط (٧/ ١٩٥)، تبيين الحقائق (٥/ ١٦٢).

لكن ثنتان منها لا تقبل المقابلة، فانصرفت المقابلة إلى الثالثة[١].

لو قال لعبده أنت حر بعد موتي على ألف

إذا عرف هذا نقول: قال: «رجل قال لعبده: أنت حر بعد موتي على ألف، فالقبول بعد الموت»[٢]؛ لأنه أضاف المعاوضة إلى بعد الموت. وعن بعض المتأخرين إذا قبل بعد الموت لا يعتق ما لم يُعتقه [الوارث][٣]؛ لأنه بالموت خرج من أن يكون أهلاً للإعتاق[٤].

رجل أعتق عبده على خدمته أربع سنين

رجل أعتق عبده على خدمته أربع سنين، فقبل عتق ساعتئذ وتلزمه الخدمة؛ [لأنه][٥] نجز المعاوضة، فإن مات السيد قبل أن يشرع في الخدمة، فعليه قيمته عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد وزفر قيمة خدمته أربع سنين، بناء على اختلافهم فيمن باع نفس عبده منه بجارية بعينها، أو أعتقه على جارية بعينها فاستحقت الجارية، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف يرجع عليه بقيمة نفسه، وعند محمد وزفر بقيمة الجارية، فكذا في هذه[٦].

رجل قال لآخر: أعتق أمتك على ألف على أن تزوجنيها

رجل قال لآخر: أعتق أمتك على ألف درهم على أن تزوجنيها، ففعل، فأبت الأمة [أن تتزوجه][٧]، عتقت ولا شيء على الآمر؛ لأنه أمره بالإعتاق على مال،

---

(١) انظر: المبسوط (٧/ ١٩٥)، تبيين الحقائق (٥/ ١٦٢)، فتح القدير (٥/ ٢٩).

(٢) الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٥١.

(٣) سقط، وأثبته من: شرح قاضي خان (٢/ ٩٠٧)، الهداية (٢/ ٣١١).

(٤) وصحح هذا القول الصدر الشهيد وصاحب الهداية والتبيين. انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٥١، شرح الصدر الشهيد ص٣٥١، شرح قاضي خان (٢/ ٩٠٧)، الهداية (٢/ ٣١١)، تبيين الحقائق (٣/ ٩٥).

(٥) أضافها الناسخ في الحاشية، وأشار إلى محلها في المتن.

(٦) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٥٢، شرح الصدر الشهيد ص٣٥١، شرح قاضي خان (٢/ ٩٠٧)، الهداية (٢/ ٣١١)، تبيين الحقائق (٣/ ٩٥).

(٧) سقط، وأثبته من: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٥٢، الهداية (٢/ ٣١٢).

فوقعت المعاوضة مع الأمة، فلزم العوض الأمة وعتقت، ولا يلزم الآمر شيء؛ لأنه ما التزم لا صريحاً ولا دلالة.

ولو قال: أعتق أمتك عني على ألف درهم على أن تزوجنيها، ففعل، فأبت [أن تتزوجه][1]، تقسم الألف على قيمتها ومهر مثلها، فما أصاب / [١٥٣/أ] قيمتها لزم الآمر، وما أصاب مهر مثلها سقط عنه؛ لأن المعاوضة وقعت مع الآمر لكنه قابل الألف بعتق الجارية وبُضْعها، فانقسم العوض عليها، فما أصاب قيمة الجارية يلزمه؛ لأن المعوض سلم له، وما أصاب مهر المثل سقط؛ لأن المعوض ما سلم له وهو البضع[2].

رجل دبر عبده ثم كاتبه على مائة درهم

رجل دبر عبده، ثم كاتبه على مائة درهم، وقيمته ثلاثمائة درهم، فمات السيد، عتق ثلثه بالتدبير مجاناً، وهو بالخيار عند أبي حنيفة إن شاء سعى في ثلثي قيمته، وإن شاء سعى في جميع بدل الكتابة، وعند صاحبيه لا يتخير، لكن عند أبي يوسف يسعى في الأقل من ثلثي قيمته ومن جميع بدل الكتابة، وعند محمد يسعى في الأقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي بدل الكتابة، والخلاف في موضعين، أحدهما: في التخيير، عند أبي حنيفة يتخير، وعندهما لا يتخير. والثاني: في سقوط ثلث بدل الكتابة، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يسقط، وعند محمد يسقط. والخلاف في الخيار بناء على الخلاف في تجزئ الإعتاق، فعند أبي حنيفة يتجزأ الإعتاق، فيعتق بالتدبير ثلثه فيتصدى له في الثلثين شيئان للعتق، وهما التدبير والكتابة، فيتخير إن شاء سعى في ثلثي قيمته بالتدبير، وإن شاء في جميع

(١) سقط، وأثبته من: تبيين الحقائق (٣/ ٩٦).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٥٢، شرح الصدر الشهيد ص٣٥١، شرح قاضي خان (٢/ ٩٠٨)، الهداية (٢/ ٣١٢)، تبيين الحقائق (٣/ ٩٦).

بدل الكتابة فيعتق بالكتابة، وعندهما لا يتجزأ، فإذا عتق ثلثه عتق كله، ثم العاقل لا يختار إلا الأقل. والخلاف في سقوط ثلث بدل الكتابة بناء على الخلاف في أن بدل الكتابة قابل كل الحرية أو ثلثيها، فعند محمد قابل الكل، وعندهما قابل الثلثين؛ لما بينا، لمحمد: وهو أن جميع بدل الكتابة مقابل بحرية هذا العبد، وقد سلم له الثلث مجاناً بالتدبير، فيسقط ما يقابله من بدل الكتابة؛ لأنه لو لم يسقط لزمه بدل ما سلم له بلا بدل، وإنه لا يجوز، يدل عليه أن بالإجماع إذا كاتب ثم دبر، وباقي المسألة بحالها، يسقط ثلث بدل الكتابة، ولا فرق بينهما إلا أن في أحدهما التدبير سابق، وفي الثاني التدبير لاحق، يدل عليه وهو أن العبد إذا كان يخرج من الثلث، بأن كانت قيمته ثلاثمائة، فمات المولى بعدما دبر، ثم كاتب، وله ستمائة أخرى يعتق كله بالتدبير، ويسقط جميع بدل الكتابة، فإذا عتق ثلثه ينبغي أن يسقط ثلثه أيضاً اعتباراً للبعض بالكل. وهما فرقا بين التدبير السابق واللاحق، وبيانه: أنه إذا دبر أولاً فقد استحق حرية الثلث بالتدبير، فإذا كانت بعد ذلك على مائة، فقد قابل المائة بما يقبل وبما لا يقبل فانصرفت المقابلة إلى ما يقبل وهو الثلثان؛ لما بينا، فإذا عتق الثلث بالتدبير لم يعتق مما يقابله من بدل الكتابة شيء، فلا يسقط شيء، بخلاف ما إذا كاتب أولاً بدل الكتابة يقابل الكل؛ لأن الكل يقبل المقابلة، فإذا دبر بعد ذلك / [١٥٣/ ب] وعتق بالتدبير الثلث، سقط ما يقابله من البدل، كما إذا عتق الكل بالتدبير يسقط كل بدل للكتابة[1].

(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٥٣، المبسوط (١٩٦/٧)، شرح الصدر الشهيد ص٣٥٢، بدائع الصنائع (٤/ ٨٤)، شرح قاضي خان (٢/ ٩٠٩)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ٣٧)، تبيين الحقائق (٥/ ١٦٢)، البناية شرح الهداية (١٠/ ٤١١)، فتح القدير (٩/ ١٨٧).

باب الولاء[١][٢]

أنواع الولاء

الأصل فيه: أن الولاء يتنوع إلى ولاء عتاقة، وإلى ولاء موالاة، فولاء العتاقة أقواهما، ولا يظهر ولاء الموالاة عند التقابل؛ لأن الضعيف لا يظهر في مقابلة القوي، ويلتحق بالعدم[٣].

وإذا تقابل ولاء العتاقة يترجح ولاء الأب بالأبوة[٤]، وعاقلة الأم متى عقلت جناية الولد، ثم الأب ولاه، لا ترجع عاقلة الأم على عاقلة الأب؛ لأن الولاء لا يثبت له مقتصراً، فلا يظهر أن عاقلة الأم قضوا ديناً على عاقلة الأب[٥].

نبطي تزوج بمعتقة

فإذا عرف هذا نقول: قال: نبطي[٦] تزوج بمعتقة، ثم أسلم، فوالى رجلًا وعاقده، ثم ولدت أولاداً، فهم موالي لموالي الأم عند أبي حنيفة ومحمد، وعند

---

(١) الولاء: بالفتح، لغة: النصرة والمحبة، وقيل: هو من الولي بمعنى القرب. وشرعاً: قرابة حكمية حاصلة من العتق أو الموالاة، والقرابة الحاصلة من العتق تسمى ولاء العتاقة وولاء النعمة، والقرابة الحاصلة من الموالاة تسمى ولاء الموالاة. وقيل: الولاء شرعاً نسبة حاصلة من العتق أو الموالاة، مستلزمة لآثار مخصوصة من الإرث والعقل وولاية النكاح. وقد أطلق الفقهاء الولاء على الميراث الذي يكون بسبب هذه الحالة. ولذا قيل: هو ميراث يستحقه المرء بسبب عتق شخص في ملكه، أو بسبب عقد الموالاة. وقيل: الولاء شرعاً التناصر، ويسمى بولاء العتاقة والنعمة، ومن حكمه الإرث. انظر: أنيس الفقهاء ص٩٨، كشاف اصطلاحات الفنون (٢/ ١٨٠٥).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٥٣.

(٣) انظر: المبسوط (٨/ ١٨)، بدائع الصنائع (٤/ ١٥٩)، تبيين الحقائق (٥/ ١٧٥)، البناية شرح الهداية (١١/ ٣).

(٤) وذلك إذا كانت الأم معتقة والأب معتقاً، فهنا تقابل ولاء الأب وولاء الأم، فيتبع الولد أباه في الولاء. انظر: المبسوط (٨/ ٩٠)، بدائع الصنائع (٤/ ١٦٢)، تبيين الحقائق (٥/ ١٧٦).

(٥) انظر: المبسوط (٨/ ٩٠)، شرح قاضي خان (٢/ ٩١٢)، المحيط البرهاني (٤/ ١٩٤)، تبيين الحقائق (٥/ ١٧٦)، البناية شرح الهداية (١١/ ١٥).

(٦) نبطي: نسبة إلى النَّبَط، والنَّبَط جيل من الناس بسواد العراق، ثم استعمل في أخلاط الناس وعوامهم، والواحد نبطي والجمع أنباط.

أبي يوسف موالي الأب؛ لأن الولاء بمعنى النسب، فيلتحق بالأب دون الأم. قلنا: ولاء الأم ولاء عتاقة، وإنه أقوى من ولاء الموالاة، فلا يظهر ولاء الأب في مقابلته[1].

معتق تزوج بمعتقة

معتق تزوج بمعتقة، فولدت أولاداً، فالأولاد موالي لموالي الأب؛ لأن ولاء كل واحد منهما ولاء عتاقة، فاستويا وترجح ولاء الأب بالأبوة[2].

معتق تزوج بمولاة موالاة

معتق تزوج بمولاة موالاة، فولدت، فالولد مولى لموالي الأب؛ لأن ولاءه أقوى[3].

معتقة تزوجت بعبد

معتقة تزوجت بعبد، فولدت، فالولد مولى لموالي الأم؛ لأن العبد لا ولاء له، فإن جنى الولد فعقلته موالي الأم، ثم أعتق الأب، جر ولاء ولده؛ لأنه صار له ولاء، فزال المانع، كالملاعن إذا أكذب نفسه يعود النسب إليه، ولا ترجع عاقلة الأم على عاقلة الأب؛ لما بينا[4].

مولى العتاقة أولى بالإرث

مولى العتاقة أولى بالإرث من العمة والخالة؛ لأنه عصبة، وهؤلاء ذوات أرحام، والعمة والخالة أولى بالإرث من مولى الموالاة؛ لأن ولاءه ثبت بعقدهما، فلا يلزم غيرهما[5].

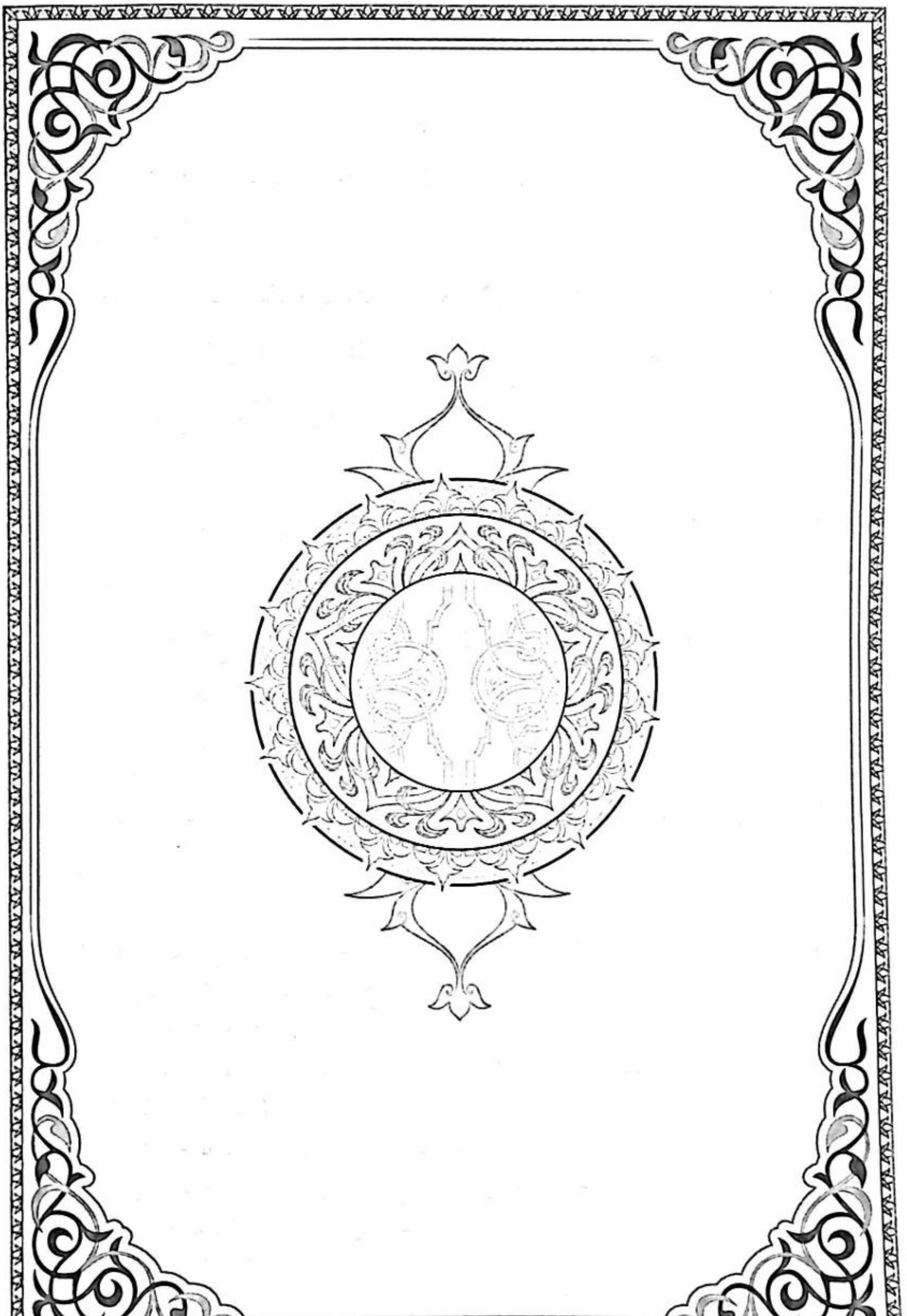
(١) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٥٣، المبسوط (٨/ ٨٨)، شرح الصدر الشهيد ص٣٥٢، بدائع الصنائع (٤/ ١٦٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٩١١)، البناية شرح الهداية (١١/ ١٩).

(٢) انظر: المبسوط (٨/ ٩٠)، بدائع الصنائع (٤/ ١٦٢)، شرح قاضي خان (٢/ ٩١١)، تبيين الحقائق (٥/ ١٧٦).

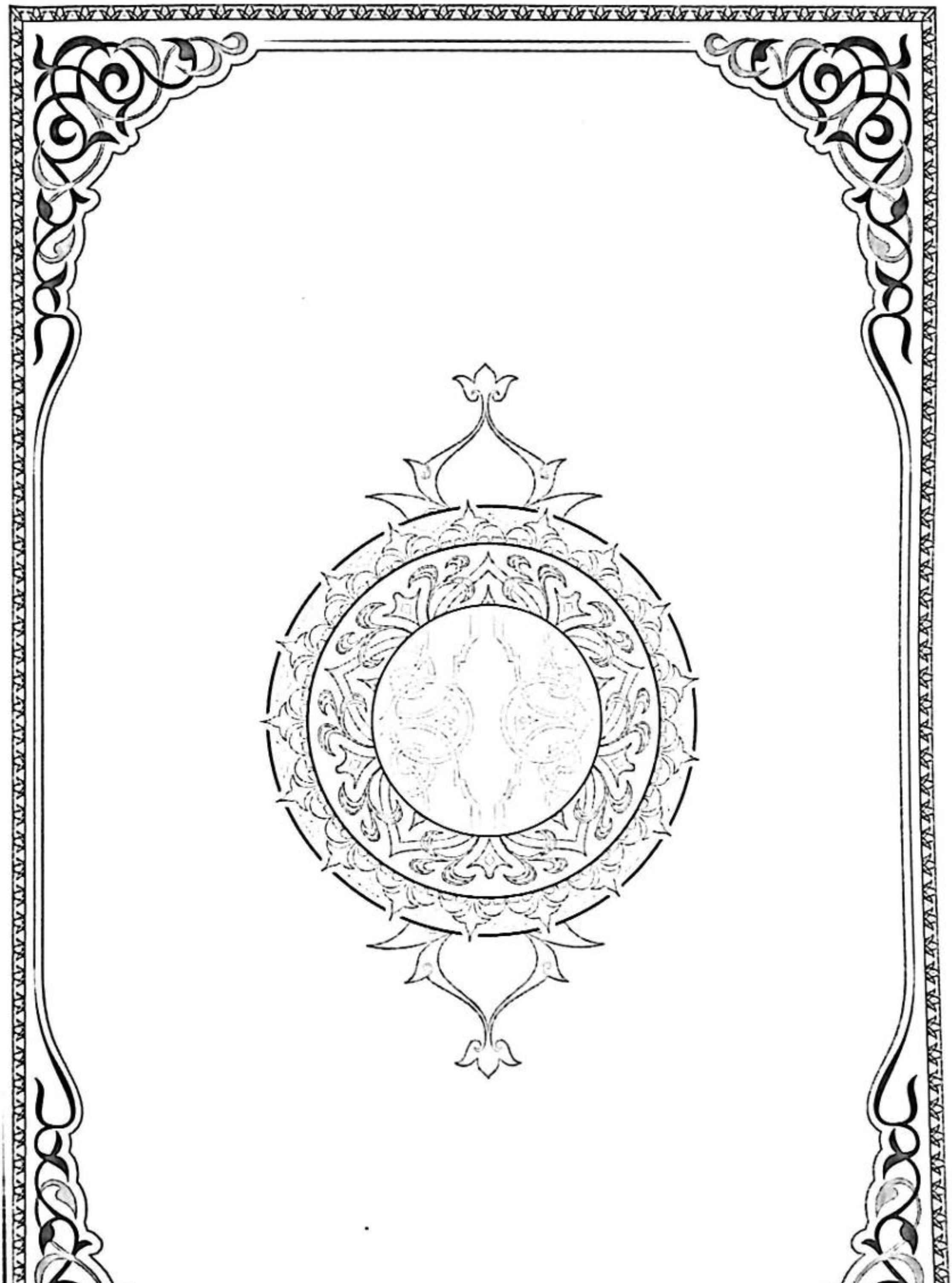
(٣) انظر:شرح قاضي خان (٢/ ٩١١)، تبيين الحقائق (٥/ ١٧٧).

(٤) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٥٤، شرح الصدر الشهيد ص٣٥٣، شرح قاضي خان (٢/ ٩١٢)، تبيين الحقائق (٥/ ١٧٦)، البناية شرح الهداية (١١/ ١٥)، فتح القدير (٩/ ٢٢٣).

(٥) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير ص٢٥٤، شرح قاضي خان (٢/ ٩١٣)، تبيين الحقائق (٥/ ١٧٧)، البناية شرح الهداية (١١/ ٢٠، ٣٥)، فتح القدير (٩/ ٢٢٥، ٢٢٩).



كِتَابُ الْإِيمَانِ



كتاب الأيمان[1]

الأصل في مسائل أوّل الكتاب إلى آخر الباب: (١٥٤/ب)

أنَّ شرط الحِنث متى وُجِد، يحنَث الحالف[2]. وأنَّ الخصوصَ إنَّما يلحق العام[3] من الألفاظ؛ لأنَّه من خواصِّه[4].

حتى إن من نوى تخصيصَ غير الملفوظ، تلغو نيته[5]. وأنَّ مطلقَ الكلام ينصرف إلى موضع حقيقته؛ لأنَّه أحقُّ بوضعه، إلّا إذا دلَّتِ الحالة أو غيرها على إرادة مجازه[6].

---

(١) الأيمان لغة: مشتق من اليمْنِ وهو البركة وهو ضد الشُّؤم، واليمين أتت على معانٍ، وهي: يمين الإنسان وهي جوارحه، وبمعنى القوة والقدرة، وكذا الحلف والقسم. وسمي القسم يمينًا؛ لأنهم كانوا إذا تحالفوا يبسطون أيمانهم فيضرب كلُّ امرئٍ منهم يمينه على يمين صاحبه. وفي الاصطلاح الفقهي: (عِبارةٌ عن عقدٍ قويٍّ، به عزم الحالف على الفعلِ أو التَّرك). ينظر: طلبة الطلبة لعمر بن أحمد النسفي (١/ ٦٦)، أساس البلاغة، للزَّمخشريِّ (١/ ٧١٤)، لسان العرب (١٣/ ٤٦٣)، كنز الدقائق، لعبدالله بن أحمد النسفي (١/ ٣٢٧)؛ التعريفات ي (١/ ٢٥٩).

(٢) وهو المذهب عند الحنفية: أن التكفير قبل الحِنث لا يجوز. ينظر هذا الضابط الفقهي في: المبسوط للسرخسي (٨/ ١٤٧)، بدائع الصنائع (٣/ ١٨)، الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود الموصلي البلدحي (٤/ ٤٨)، البناية شرح الهداية (٦/ ١٣٧).

(٣) العام لغة: قال الفراهيديُّ: «عمَّ الشَّيءُ بالنَّاس، يعُمُّ، عمًّا، فهو عامٌّ: إذا بلغ المواضعَ كلَّها، والعماعمُ: الجماعات، واحده: عَمْعَمة». وفي الاصطلاح الاصولي: (اللفظ المستغرق لجميع أفراده بلا حصر). ينظر: العين (١/ ٩٤)،أصول الشاشي (١/ ١٧)، أصول السرخسي (١/ ١٢٥)، المغني في أصول الفقه للخبازي (١/ ١١٧).

(٤) أي:فما ليس في لفظه لا يصح تخصيصه.ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٤/ ٧٠).

(٥) قاعدة أصولية، والخلاف فيها مشهور بين فقهاء الحنفية، وغيرهم من المذاهب الأخرى. ينظر: الفصول في الأصول للجصاص (١/ ٢٣٦)، أصول السرخسي (١/ ٢٧٣)، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، لعبد الرحيم الإسنوي (١/ ٣٧٨)، فتح القدير للكمال، لابن الهمام (٥/ ١٧١)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/ ٤٥، ٧١).

(٦) قاعدة أصولية، وهي من القواعد المجمع عليها عند الحنفية:ينظر: المحصول، للرازي=

وأنَّ الكلام متى كانت له حقيقةٌ مستعملةٌ ومجازٌ متعارفٌ غَلَب استعماله، ينصرف إلى حقيقته عند أبي حنيفة،وعند صاحبيه: إلى مجازه[١].

وأنَّ اليمين لا تنعقدُ على مستحيلِ الكون عند أبي حنيفة ومحمد / ، (١٥٥/أ) وعند أبي يوسف تنعقد[٢]. وهذا الخلاف بناء على الخلاف في محل اليمين، عنده[٣]: الخبر عن أمرٍ في المستقبل سواء كان مستحيل الكون أو جائزه؛ لأنَّه وإن كان لا يمكن تحقيق البِرِّ منه حقيقة لكن يمكن تقديرًا بخلفِه، وهو التكّفير، فيصير بارًّا تقديرًا[٤].

وعندهما: الخبر عن أمرٍ في المستقبل محتمل للصدق؛ لأنَّ حكمَ التصرف ما يقبل حكمه، ومستحيل الكون لا يقبل حكم اليمين؛ لأنَّ حكمَها الأصلي البرُّ، وأنَّه لا يمكن تحقيقه من مستحيل الكون؛ فإذا لم يمكن، لا يمكن

= (١/ ٣٤١)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، لعثمان بن علي الزيلعي (٢/ ٢٣١)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/ ٥٩)، مجلة الأحكام العدلية (المادة: ١٢)، شرح القواعد الفقهية للزرقا (١/ ١٣٣).

(١) قاعدة أصولية، والخلاف فيها مشهور عند الحنفية بين أبي حنيفة وصاحبيه رَحِمَهُمُ اللَّهُ وهي مسألة: إذا دار اللفظ بين الحقيقة المستعملة، والمجاز المتعارف، فعلى أيهما يحمل. ينظر: أصول الشاشي (١/ ٥٢)، المحصول للرازي (٢/ ٢٤١)، بدائع الصنائع (٣/ ٦١).

(٢) قاعدة أصولية، وهي من المسائل الأصولية الخلافية المشهورة، وهو حكم التَّكْليف بِالْمُسْتَحيل لِذَاته أَوْ لغَيْره. ينظر: الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي (١/ ١٣٣)، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي،لعلاء الدين البخاري (١/ ٢٨٢)، الإبهاج في شرح المنهاج، للبيضاوي (١/ ١٧١)، البحر المحيط في أصول الفقه، لبدر الدين الزركشي (٢/ ١١٤)، معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، للجيزاني (١/ ٣٣٧).

(٣) أي: عند أبي يوسف، رَحِمَهُ اللَّهُ. ينظر تحفة الفقهاء (٢/ ٢٩٢)، بدائع الصنائع (٣/ ١١)، المحيط البرهاني (٤/ ٢١٢).

(٤) أي: فتنعقد يمينه موجبه للبـرِّ على وجه تخلفُهُ الكفارة عند فواته ؛كسائر المتصورات. ينظر:تبيين الحقائق (٣/ ١٣٥).

تقديره بخلفه؛ لأنَّ الشَّرع لَمْ يأتِ بتقدير ما لم يتصور حتى يصيرَ بارًّا بالتكفير تقديرًا[١].

ولهذا لم تنعقد اليمين الغموس[٢]، وهذه شاركتها في الاستحالة، فكذا في عدم الانعقاد، فإن انعقدت على فعل متصوّر الكون، ثم صار بحالٍ يستحيل كونه، تبطل اليمين عندهما، خلافًا لأبي يوسف؛ لأنَّ ما يرجع إلى المحلية يستوي فيه البقاء والابتداء[٣].

وتنعقد على جائز الكون بالإجماع[٤]، ويحنث في الحال، كما إذا حلف لَيَمَسَّنَّ السَّماء، أو ليمشين في الهواء، لأن من الجائز أن يقدره الله عَزَّوَجَلَّ على ذلك، فمن حيث إنه جائز الكون انعقدت اليمين، ومن حيث إنه ممتنع عادةً ثبت العجز ظاهرًا فيحنَث.

فإذا عرف هذا نقول:

[الرجل يحلف فينوي التخصيص]

قال: رجل قال: إنْ لبستُ، أو أكلتُ، أو شربتُ، فامرأته طالق، ونوى ثوبًا دون ثوبٍ أو طعامًا دون طعامٍ، لا يُصدَّق ديانةً ولا قضاءً؛ لأنَّه نوى تخصيصَ

---

(١) ينظر: درر الحكام (٢/ ٥٢)، البحر الرائق (٤/ ٣٠٢).

(٢) هي اليمين الكاذبة الْفاجرةُ كالَّتي يقْتطع بها الحالفُ مال غيرِه. سُمِّيت غَمُوسًا، لِأَنَّها تغمسُ صاحِبَها في الإثـم، ثُمَّ في النَّار. ينظر: النهاية في غريب الحديث لابن الأثير (٣/ ٣٨٦)، التعريفات (١/ ٢٥٩)، أنيس الفقهاء للقونوي الحنفي (١/ ٦١).

(٣) المعنى: أن الفعل القابل للدوام؛ أي: الذي يتجدد أمثاله، مثل الركوب: يأخذ حكم الإنشاء والابتداء. تنظرهذه القاعدة الفقهية في: بدائع الصنائع (٣/ ١١)، البناية شرح الهداية (٦/ ١٥٢)، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير، لجمال الدين الحصيري (١/ ٤٧٤).

(٤) المقصود بالإجماع عند الشارح هو إجماع المذهب كما هو معلوم من السياق.

غير الملفوظ؛ لأنَّ الثوبَ غيرُ ملفوظ، فكذا الطعام والشراب، فلغت نيته[1]. فإن قيل: إن لم يكن ملفوظًا، لكنه ثابت مقتضى اللفظ.

ممنوع: لأنَّ المقتضى إنّما ثبت ضرورة بتصحيح اللفظ، ولا ضرورة؛ لأنَّ اللفظ صحيح بدونه[2]؛ لأنّ اليمين للمنع عن اللبس، والثّوب لا يحتاج إليه حالة اليمين، فلو مست الحاجة، إنّما تمس حال اللبس[3]، ولئن سلَّمْنا، لامتنع؛ لأنّ المقتضى لا عموم له، وما لا عموم له، لا خصوص له[4].

---

(١) وهو الصحيح من ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ رواية: تصح ديانةً، واختارها الخصّاف، رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ. ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٣٠٩)، المبسوط (٨/ ١٧٧)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٥٣).

(٢) أي: أن الكلامَ مُفيدٌ بدونه، فبقي فيما وراء موضع الضرورة وهو صحة الكلام على أصله، وهو العدم، فلا يثبتُ فيه نيّة التخصيص. ينظر: أصول الشاشي (١/ ١١٢)، أصول السرخسي (١/ ٢٤٨)، البحر المحيط في أصول الفقه (٤/ ١٧٢)، إرشاد الفحول، للشوكاني (١/ ٣٢٧).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٥٥)، مختصر الطحاوي (١/ ٣٠٩)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٥٣)، بدائع الصنائع (٣/ ٣/ ٦٨).

(٤) قاعدة أصولية: تتكلم عن حجية طريق من طرق دلالة الألفاظ على الأحكام عند الحنفية، ومفهومها: أن الشيء الذي اقتضاه اللفظ لصدق الكلام، أو لصحته العقلية، أو لصحته الشرعية، يكون واحدًا فقط؛ لأنَّ ثبوت المقتضَى كان للضرورة، حتى إذا كان الكلام مفيدًا للحكم بدونه لم يصح إثباته لغة ولا شرعًا، وإذا كان للضرورة، فإن الضرورة تقدر بقدرها، ولا حاجة لإثبات العموم فيه ما دام الكلام مفيدًا بدونه، ويبقى فيما وراء موضع الضرورة - وهو استقامة الكلام - فلا يثبت العموم فيه؛ قياسًا على أكل الميتة فإنه لما أبيح للضرورة قدِّر بقدرها، وهو: سدُّ الرَمَق - فقط - فكذلك هنا. وهي من المسائل الأصولية المختلف فيها، فالمذهب عند الحنفية أن المقتضى لا عموم له. وفي رواية عن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ أن المقتضى يجري فيه العموم والخصوص. ينظر: أصول الشاشي (١/ ١١٢)، أصول السرخسي (١/ ٢٤٨ -٢٥٠)، المحصول، للرازي (٢/ ٣٨٢)، تخريج الفروع على الأصول (١/ ٢٧٩)، الإحكام في أصول الأحكام (٢/ ٢٤٩)، كشف الأسرار (٢/ ٢٣٧).

ولو قال: إن أكلتُ طعامًا، أو لبستُ ثوبًا، أو شربتُ شرابًا، ونوى ثوبًا دون ثوب أو طعامًا دون طعام، لا يدين قضاءً، ويدين ديانةً؛ لأنَّ الثوب ملفوظ، وأنه نكرة في موضع الشرط، والنكرة في موضع الشرط نكرة في موضع النفي، والنكرة في موضع النفي تعم[١]، فصحتْ نيةُ التخصيص، لكنه خلاف الظاهر، فلا يُدَيَّن في القضاء[٢].

[حلف لا يأكل لحما أو يشتريه فأكل سمكا]

ولو حلف لا يأكل لحمًا أو لا يشتريه، لا يحنث في لحم السمك، والقياس: أن يحنث[٣]؛ لأنَّ الله سماهُ لحمًا طريًا؛ بقوله: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى سَخَّرَ ٱلْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا۟ مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا﴾[٤]. والمراد منه: السمك[٥].

ووجه الاستحسان: (١٥٥/ب) وهو أنَّ السَّمك ليس بلحمٍ حقيقة؛ لأنَّ اللحم حقيقة ما يكون منشؤه من الدَّم، ولم يوجد، لأنَّ الدَّموي لا يعيش في الماء، وإنما سمي لحمًا مجازًا / ، لتصوره بصورة اللحم، ومطلق الكلام ينصرف إلى الحقيقة[٦].

وَإِنْ أَكَلَ لحمَ آدمي أو خنزيرٍ، حنث؛ لأنّه لحم حقيقة[٧].وإن أكل كَرِشًا، أو

(١) قاعدة فقهية. ينظر: أصول السرخسي (١/ ١٦٠- ٢١٦)، الفروق للكرابيسي (١/ ٢١٤)، المحصول للرازي (٢/ ٣٤٤)، كشف الأسرار (٢/ ١٣).
(٢) ينظر: الجامع الصغير، (١/ ١٦٠)،أصول السرخسي (١/ ١٦٠)، بدائع الصنائع (٣/ ٦٨).
(٣) وهي رواية شاذة عن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ. ينظر:مختصر القدوري، (١/ ٢١١)، تحفة الفقهاء، (٢/ ٣١٩)، بدائع الصنائع، (٣/ ٥٨)، تبيين الحقائق (٣/ ١٢٧).
(٤) سورة النحل، الآية: (١٤). وينظر تفسير الآية الكريمة في: أحكام القرآن للجصاص (٥/ ٤)، بدائع الصنائع (٣/ ٣٨)، تفسير فتح القدير للشوكاني (٣/ ١٨٣).
(٥) وهو ظاهر الرواية؛ لأن الأيمان عند فقهاء الحنفية لا تبنى على ألفاظ القرآن. ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٣٠٩)، بدائع الصنائع (٣/ ٣٨)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٥١).
(٦) سبق التعريف بالقاعدة.
(٧) وهو اختيار السرخسي، والكاساني، وذهب البعض: إلى عدم الحنث؛ لأنَّ أكلهما ليس=

كَبدًا، حنث؛ لأنَّه لحم حقيقة(١).

قيل: هذا كان في عرف زمانهم(٢)، فإنهم كانوا يبيعونهما مع اللحم ويسمون بائعهما بائعُ اللحمِ، فإن كان في بلدٍ لا يتعارفونَ تسمية ذلك لحمًا، لا يحنَث به؛ لأنَّ العرف دليلٌ على إرادةِ المتكلم ما يتعارف به فحسب(٣)؛ لأنَّ غرض العاقل من كلامه الإفهام(٤)؛ وذلك لا يحصل إلا بالمتعارف؛ لأن إفهام النَّاس يتبادر إلى ما يتعارف(٥).

= بمتعارف، وعليه الفتوى. ينظر: المبسوط (٨/ ١٧٦)، تحفة الفقهاء (٢/ ٣٢٠)، كنز الدقائق (١/ ٣٣٤).

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٥٦)، مختصر القدوري (١/ ١٢٨)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٥٤).

(٢) أي: عُرف أهلِ الكوفـة، كما ذكر ذلك ابن نجيم رَحِمَهُ اللَّهُ في الأشباه والنظائر (١/ ١٢٢).

(٣) من القواعد المعتبرة عند الحنفية: (تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال عرفًا)، وعبر البعض بقوله: (الثابت بالعرف ظاهرًا؛ بمنزلة الحقيقة. بشرط أن لا يتعلق باللفظ المستعمل في الشرع حكم). كذا قاله السرخسي رَحِمَهُ اللَّهُ في أصوله (١/ ١٩٠). قال ابن نجيم رَحِمَهُ اللَّهُ في الأشباه والنظائر (١/ ٧٩): «إن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة، حتى جعلوا ذلك أصلاً». ينظر: أصول الشاشي (١/ ٨٩)، كشف الأسرار (٢/ ٩٥)، درر الحكام (١/ ٥١).

(٤) من القواعد الفقهية: (أن إعمال الكلام أولى من إهماله). والمعنى: أن العاقل يُصان كلامه عن الإلغاء، بأن ينظر إلى الوجه المقتضى لتصيح كلامه، فيرجح، سواء كان بالحمل على المجاز، أو بغيره، إلا عند عدم الإمكان، فليغى ويهمل. ينظر: الاشباه والنظائر للسبكي (١/ ١٧١)، الإبهاج في شرح المنهاج للبيضاوي (٢/ ١٢٩)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/ ١١٤)، ترتيب اللآلي في سلك الأمالي (١/ ٣٤٨)، مجلة الأحكام العدلية (المادة: ٦٠، ٦٢)، شرح القواعد الفقهية، للزرقا (١/ ٣١٩).

(٥) من المسائل المستثناة عند الحنفية أن الأيمان مبناها على العرف. جاء في بدائع الصنائع (٣/ ٦١): «أن مُطْلَقَ الْكَلام يُحمل علَى الْمُتعارف فَنَعمْ، لكن على المتعارف عند أهل اللسان، وهو المتعارف في الاستعمال اللغوي، كما يقول مشايخ أهل العراق، لا على المتعارف من حيث الفعل، كما يقول مشايخ بلخ، بدليلِ لأنه لو حلف لا يأكل لحمًا، فأكل=

وذكر في (خزانة الفقه)[(١)]:

رجلٌ حلف لا يأكل من لحم هذه الشَّاة، لا يحنث بأكل أربعة: المخ والدماغ وشحم البطن والإلية. ويحنث بأكل سبعة: الكرش والكبِد والفُؤَاد والكلية والرِّئة والأمعاء وشحم الظهر[(٢)].

[حلف لا يأكل، أو يشتري شحمًا]

ولو حلف لا يأكل شحمًا ولا يشتريه، لم يحنث إلا بشحم البطن عند أبي حنيفة.

وعند صاحبيه: يحنث بشحم الظهر[(٣)]؛ لأنه مستثنًى في كتاب الله من الشحم، بقوله تعالى: ﴿حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَآ إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَآ﴾[(٤)].

ولنا: أنَّ شحم الظهر لحم سمين، ولهذا إذا حلف لا يأكل اللحم فأكله، حنث، فإذا كان لحمًا لا يكون شحمًا؛ لأنهما جنسان مختلفان، يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً، وما ذكره: استثناء منقطع، وأنه يقع على خلاف الجنس، هذا إذا حلف بالعربية، وأما إذا حلف بالفارسية، لا يحنث في شحم الظهر بالإجماع؛

= لحمَ الآدمي، أو الخنزير، يحنث، وإن لم يتعارف أكله لوجود التعارف في الإسم..».

(١) (١/ ١٦١).وينظر قسم الدراسة،ص(٩٤).

(٢) شحم الظهر: هو الشحم المختلط باللحم، والصحيح: ما ذهب إليه أبو حنيفة؛ لأنه متعارف، وإن أطلق القرآن على شحم الظهر اسم اللحم في القرآن، فالمستثنى من جنس المستثنى منه، وهذه حجة صاحبي أبي حنفية، ولكن العرف عنده أولى من اطلاق القرآن. ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ٥٨)، الهداية شرح البداية، للمرغيناني (٢/ ٣٢٥)، المحيط البرهاني (٤/ ٢٨٣)، تبيين الحقائق (٣/ ١٢٨).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٥٦)، أصول الشاشي (١/ ١٣)، مختصر الطحاوي (١/ ٣١٣)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٥٤).

(٤) نص الآية: قوله تعالى ﴿وَعَلَى ٱلَّذِينَ هَادُواْ حَرَّمْنَا كُلَّ ذِى ظُفُرٍۖ وَمِنَ ٱلْبَقَرِ وَٱلْغَنَمِ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَآ إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَآ أَوِ ٱلْحَوَايَآ أَوْ مَا ٱخْتَلَطَ بِعَظْمٍۚ ذَٰلِكَ جَزَيْنَٰهُم بِبَغْيِهِمْۖ وَإِنَّا لَصَٰدِقُونَ﴾ [الانعام:١٤٦].

لأن فارسيته: بِيْه، وبِيْه لا يتناول إلا شحم البطن[١].

[حلف لا أكلت الرؤوس]

ولو حلف لا يأكل رأسًا، أو لا يشتريه، فهو على رؤوس البقر والغنم خاصة عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه: على رؤوس الغنم خاصة[٢].

قيل هذا: اختلاف عرف؛ لأنَّ الرأس بحقيقته يتناول رأس البقر، والغنم؛ لأنهم كانوا يتعارفون أكله وشراءه وبيعه في الأسواق، وفي زمنهما[٣] ما كانوا يتعارفون إلا شراء رأس الغنم والجمل، وغير ذلك، إلا أنَّ العرب في زمن أبي حنيفة خصته برأس الغنم والبقر[٤]؛ لأنهم كانوا يتعارفون أكله وشراءه وبيعه في الأسواق، وفي زمنهما ما كانوا يتعارفون إلا شراء رأس الغنم وأكله[٥].

والعرف دليل على إرادة المتكلم بكلامه ما يتعارفون، فتترك الحقيقة لذلك[٦].

ولهذا قيل: إذا كان في بلدٍ يتعارفون أكل السَّمك؛ مثل خوارزم، فينصرف إلى رأس السمك[٧].

---

(١) ينظر: المبسوط (٨/ ١٨٤)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٥٤)، بدائع الصنائع (٣/ ٥٨).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٥٦)، خزانة الفقه (١/ ١٥٨)، المبسوط (٨/ ١٧٨)، تحفة الفقهاء (٢/ ٣٢٠).

(٣) أي: زمن أبي يوسف، ومحمد، رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

(٤) وفي رواية عنه ذكرها السرخسي في مبسوطه (٨/ ١٧٨): «أنه يتناول رأس الإبل، ثم لما تركوا أهل الكوفة ذلك في رؤوس الإبل، رجع عن ذلك. وهي رواية عن زُفر رَحِمَهُمَاٱللَّهُ».

(٥) ينظر: شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٥٤)، تحفة الفقهاء، (٢/ ٣٤٠)؛ شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٥) التقرير والتحبير (١/ ٢٨٢).

(٦) ينظر ما ذكره فقهاء الحنفية أن الحقيقة تترك بأشياء في: أصول الشاشي (١/ ١٠٨)، أصول البزدوي (١/ ٨٧)، أصول السرخسي (١/ ١٩١)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/ ٨٤).

(٧) الخلاصة: أن المسائل المتقدمة عند فقهاء الحنفية، مبناها أن الحقيقية تترك بدلالة الاستعمال، لما عرف عند أهل الأصول (أن كل عام سقط بعضه كان شبيهًا بالمجاز)، وهو ما يسمى بالعام المخصوص، وهو محل خلاف كبير بين الأصوليين، هل يبقى عامًّا في الباقي=

[حلف لا يشتري لحما فاشترى رأسا]

ولو حلف لا يشتري لحمًا فاشترى رأسًا، لا يحنَث؛ لأنَّ الشراء يتناول لحمه بيعًا لا مقصودًا، فأشبه ما إذا حلف لا يشتري شعيرًا، فاشترى حنطة فيها حبات شعيرٍ، لا يحنث؛ لأنَّ الشَّعيرَ يدخل تبعًا في الشراء لا مقصودًا[١].

ولو حلف لا يأكل لحمًا، فأكل لحم رأس، يحنث؛ لأنَّ الأكلَ يتناولُهُ مقصودًا، فأشبه الحلف على أنْ لا يأكل الشعير، فأكل حنطة فيها حبات شعير، يحنث؛ لما بيّنا[٢].

[حلف لا يأكل من هذا الدقيق، فاستفّ منه]

ولو حلف لا يأكل هذا الدقيق، فأكل خبزه، حنث[٣]؛ لأنَّ عينهُ لا يؤكل عادةً، ودلَّ العرّف على إرادة المتكلم به ما يصنع منه مجازًا[٤].

ولو أكل عينه لا يحنث[٥]؛ لأنَّ المجاز تعين مرادًا فخرجت الحقيقة من أن تكون مرادة[٦]. / (١٥٦/ أ)

= بعد التخصيص بطريق الحقيقة، أم يصير مجازًا. ينظر ما ذكره الفقهاء من التفصيل في: أصول الشاشي (١/ ٢٦)، المحصول للرازي (٣/ ٩٥)، كشف الأسرار (١/ ٤٤٩)، البحر المحيط (٤/ ٣٣٨)، إرشاد الفحول، للشوكاني (١/ ٣٣٨).

(١) من القواعد الفقهية عند الحنفية:: (التابع تابع). والمراد بالتابع هنا: ما لا يوجد مستقلًا بنفسه، بل وجوده تابع لوجود غيره، فهذا لا ينفك حكمه عن حكم متبوعه. وإلى هذا أشار ابن نجيم رَحِمَهُ اللَّهُ في الأشباه والنظائر (١/ ١٠٢)، بقوله: «يغتفر في الشيء ضمنًا ما لا يغتفر قصدًا».

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٥٦)، تحفة الفقهاء (٢/ ٣١٩)، بدائع الصنائع (٣/ ٥٨، ٨٣)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٢٥).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٥٧)، المبسوط، (٨/ ١٨٠)،مختصر القدوري، (١/ ٢١١)، بدائع الصنائع، (٣/ ٦٢).

(٤) قاعدة أصولية سبق توثيقها ص(١٢٧).

(٥) الضابط في جنس هذه المسائل: أنه اذا عقد اليمين على أكل عين، فإن كان يؤكل عينه، تنصرف اليمين إلى عينه، وإن كان لا يؤكل عينه، تنصرف إلى ما يتخذ منه. ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٥٤).

(٦) من القواعد الأصولية: (إذا امتنع المعنى الحقيقي، حمل اللفظ على المجازي، بشرط وجود=

ونظيره[١]: حلف لا يأكل من هذه الشجرة، فأكل من ثمرها، حنث؛ لأنَّ عينها لا يؤكل[٢].

ولو حلف لا يأكل هذه الحِنطة فأكل خبزها، لم يحنث عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه: يحنث، بناءً على ما ذكرنا أنَّ الكلام متى كانت له حقيقة مستعملة، ومجاز متعارف غلب استعماله له، ينصرف إلى الحقيقة عند أبي حنيفة وإن قلَّ استعماله؛ لأنه أحق بوضعه[٣].

وعند صاحبيه: ينصرف إلى مجازه، ولهذا اللفظ حقيقة مستعملة، فإن عَيْن الحِنطة تؤكل قضمًا[٤] بعد القلي والطبخ، فانصرف إلى حقيقته عنده، وإن كان له مجاز متعارف[٥].

وعندهما: ينصرف إلى مجازه؛ لأنَّ له مجازًا لمتعارف غلب استعماله له، وهو أكل ما في باطنها، فإذا أكل الخبز، فقد أكل ما في باطنها، فيحنث، وإن أكل

= قرينة تمنع من إرادة المعنى الحقيقي). ينظر: أصول الشاشي (١/ ٤٩)، كشف الأسرار (٢/ ٨٧)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/ ١١٤)، معالم أصول الفقه، للجيزاني (١/ ١١٠).

(١) النظير لغة: المثيل والشبيه فلا فرق بين النظائر والأشباه من حيث دلالة اللغة. وفي الاصطلاح فالمراد بالنظائر: الفروع الفقهية المتشابهة من حيث الصورة، ولو اختلفت حكمًا، بأن اتفقت في الصورة والحكم فهي الأشباه. ينظر: لسان العرب (٥/ ٢١٩)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/ ٦).

(٢) ينظر: المبسوط (٨/ ١٨٠)، مختصر القدوري، (١/ ٢١١)، تحفة الفقهاء (٢/ ٣٢٢)، بدائع الصنائع، (٣/ ٦٦).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٥٧)، مختصر القدوري (١/ ١٢٨)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٥٥).

(٤) القضم لغة: الأكل بأطراف الأسنان. ينظر: تهذيب اللغة (٨/ ٢٧٣)، لسان العرب (١٢/ ٤٨٧).

(٥) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٥٧)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٥٥)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٥٤)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٢٥).

عينها، يحنث على هذا العموم مجازه؛ لأنَّه لا جمع بين الحقيقة والمجاز تحت لفظةٍ واحدة(١).

ونظيره: من حلف لا يضع قدمه في دار فلان، فدخلها راكبًا، أو حافيًا، أو منتعلاً، أو ماشيًا، يحنث عملاً بعموم مجازه(٢)؛ لأنَّه مجاز عن دخول الدَّار(٣).

وذكر في (**الأصل**)(٤): ما يدل على أنه إذا أكل عينها قضمًا، لا يحنث عندهما(٥)؛ لأنَّه قال: اليمين علي ما يضع النَّاس منها، وأشار ههنا إلى أنَّه يحنث، فإنه قال: (**وإن أكل خبزها يحنث أيضًا**)، وإن قضمها، حنث عند أبي حنيفة، وإن أكل سويقها(٦)، لا يحنث عنده.

---

(١) قاعدة أصولية واردة بلفظها في كتب الفقه الحنفي.وما ذكره الشارح رَحِمَهُ ٱللَّهُ هو المذهب، خلافاً لابن الكمال رَحِمَهُ ٱللَّهُ فإنه يرى جواز استعماله فيهما عقلاً، لا لغة، ونصره، إلا في غير المفرد أي: ما ليس بمثنى، ولا مجموع، فيصح لغة. ينظر: أصول السرخسي (١/ ١٤٥)، التقرير والتحبير على شرح التحرير (٢/ ٢٤- ٢٥)، إرشاد الفحول (١/ ٧٩).

(٢) من القواعد الأصولية عند الحنفية: (العمل بعموم المجاز). والمقصود بعموم المجاز: أنه إذا كان المعنى المجازي أكثر استعمالاً من المعنى الحقيقي، فالعمل بالمجاز على وجه عام يجعل الحقيقة فردًا من أفراده عند أبي يوسف ومحمد، رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ، ترجيحًا بكثرة الاستعمال، وعند أبي حنيفة: العمل بالحقيقة والحالة هذه أولى أيضًا؛ لأنها الأصل ما دامت مستعملة، لا يعدل عنها، وإن قلَّ استعمالها. ينظر: أصول الشاشي (١/ ٤٦-٥٧)، أصول السرخسي (١/ ١٧٥، ١٨٤)، تبيين الحقائق (١/ ٣٤٥)، فتح القدير (٥/ ٢٦).

(٣) ينظر: النافع الكبير شرح الجامع الصغير (١/ ٢٥٧)، المبسوط، (٨/ ١٦٩)، بدائع الصنائع، (٣/ ٣٩).

(٤) ينظر: كتاب الأصل (٢/ ٣١٩).

(٥) قال السرخسي رَحِمَهُ ٱللَّهُ في مبسوطه (٨/ ١٨١): «والصحيح عنهما أنه يحنث».

(٦) السَّوِيق لغة: ما يُتَّخذ من الحِنْطة والشَّعير والْجمْعُ أَسْوِقة. ينظر: لسان العرب (١٠/ ١٧٠)، معجم الوسيط (١/ ٤٦٥).

[حلف لا يأكل فاكهة، فأكل قثاء أو خيارًا]

ولو حلف لا يأكل فاكهةً فأكل قِثَّاءً[١]، أو خِيارًا، لا يحنث[٢]؛ لأنَّ ذلك ليس بفاكهة.

وإن أكل تُفَّاحًا، أو مِشْمِشًا، أو خَوْخًا، أو إجَّاصًا[٣]، أو بِّطيخًا، حَنث؛ لأنَّها فاكهة، سواء كانت رطبة أو يابسة، إلا البطيخ فإنَّ يابسه ليس بفاكهة؛ لأنَّ الفاكهةَ ما يتفكه به قبل الطعام أو بعده، ولا يقصد منه الشبع، وهذه الأشياء يتفكه بها قبل الطعام وبعده، إلا يابس البطيخ والعنب والرّمان، والرطب ليس بفاكهة عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه: فاكهة؛ لأنَّه يتفكه بها قبل الطعام وبعده[٤].

ولنا: أنه فاكهة من وجه دون وجه؛ لأنَّه يصلح غذاءً ودواءً، كما يصلح فاكهةً، فلا يتناوله مطلق اسم الفاكهة في محل الشرط؛ لأنَّه[٥] يتناول الكامل في محل الشرط، وهو الفاكهة من كل وجه[٦].

---

(١) القِثاء: بكسر القاف وفتحها - نباتٌ من الفصيلة القَرْعِيَّة، قريبٌ من الخيار، لكنه أطول. ينظر: كتاب العين (٥/ ٢٠٣)، لسان العرب (١/ ١٢٨).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٥٧)،عيون المسائل،لأبي الليث السمرقندي، (١/ ١٨٧)، تحفة الفقهاء، (٢/ ٣٢١)، بدائع الصنائع (٣/ ٦١).

(٣) الإجاص لغة: شجر من الفصيلة الوردية، ثمره حُلْو لذيذ، يطلق في سُورِية وفِلَسْطين وسَيناءَ على الكُمَّثْرَى وشجرها، وكان يطلق في مصر على البرقوق وشجره. ينظر: لسان العرب (٥/ ١٥٢) و(٧/ ٣)، المعجم الوسيط (٢/ ٧٩٧).

(٤) ينظر: الأصل (٢/ ٣١٧)، خزانة الفقه (١/ ١٥٨)، شرح الحامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٥٥)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٥٧).

(٥) أي: الكلام المطلق.

(٦) من القواعد الفقهية عند الحنفية: (أن المطلق من الالفاظ ينصرف إلى الكامل من المعاني)، خلافًا للشافعية، الذين يرون أنه ينزل على أقل المراتب، وينبني على هذا الأصل فروع فقهية كثيرة. ينظر: أصول البزدوي (١/ ٥١)، أصول السرخسي (١/ ٨١)، شرح التلويح على التوضيح (١/ ٧٨، ١٧٧)، المنثور في القواعد الفقهية (١/ ١٨٠).

[حلف لا يتادم]

ولو حلف لا يأتدم[١]، فكل ما يصطبغ به الخبز؛ كالخل، والزيت إدام عند أبي حنيفة، والملح إدام، والشِّوَاءُ ليس بإدام، وهو إحدى الروايتين عند أبي يوسف.

وقال محمد: ما يؤكل مع الخبز عادةً غالبًا، فهو إدام؛ كاللحمِ والملحِ والجبن، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف؛ لأنَّ الإدام من المؤادمة، وهو بمعنى الموافقه، وأنَّها تتحقق من الخبز واللحم كما تتحقق بينه وبين الملح[٢].

ولأبي حنيفة / : أنَّ الموافقه متى تحققت بين شيئين يصيرانِ كشيء واحد[٣]، وأنَّه لا يوجد إلاَّ بين الخبز وبين ما يصطبغ به[٤]. (١٥٦/ ب)

[حلف لا يأكل رطبا، فأكل رطبا مذنبا أو بُسراً مذنبا]

رجل حلف لا يأكل رُطَبًا أو بُسْرًا[٥]، أو لا يأكل رطبًا ولا بُسرًا، فأكل مُذنَّبًا[٦]، حنث[٧].

---

(١) معناه في كلام العرب: الذي يُطيِّب الخبز، ويُصلحه، ويلتذّ به الآكل له. ينظر: الزاهر في معاني كلمات الناس، لمحمد بن القاسم الأنباري (٢/ ١٥٩)، طلبة الطلبة (١/ ١٦٠).

(٢) ينظر: الأصل (٢/ ٣١٦)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٥٥)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٥٩).

(٣) ينظر هذا الضابط في: الاختيار لتعليل المختار (٤/ ٦٥)، حاشية الشلبي، على تبيين الحقائق (٣/ ١٣٢).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٥٧)، تحفة الفقهاء (٢/ ٣٢٢)، البحر الرائق (٤/ ٣٢٥).

(٥) البُسر لغة: ما لوَّن ولم ينضج، وإذا نضج فقد أرطب. والبسر: أَوَّلُهُ طَلْعٌ، ثُمَّ خَلالٌ ثُمَّ بَلَحٌ- ثُمَّ بُسْرٌ، ثُمَّ رُطَبٌ، ثُمَّ تَمْرٌ. و في الاصطلاح الفقهي عند الحنفية: (ثمر النخل قبل أن يصير رطبًا) ينظر: معجم مقاييس اللغة (١/ ٣٤٩)، لسان العرب (٢/ ٤١٤)، اللباب في شرح الكتاب، لعبد الغني الميداني (٤/ ١٤).

(٦) الْمُذَنِّبُ- بِتَشْدِيدِ النُّونِ وَكَسْرِهَا- هُوَ: البُسر الَّذِي ذَنَّبَ. أَيْ: بَدَأَ الْإِرْطَابُ فِيهِ مِنْ قِبَلِ ذَنَبِهِ. ينظر: طلبة الطلبة (١/ ٧٠) لسان العرب (٤/ ٥٨).

(٧) أي: سواء أكل رطبًا مذنبًا او بسرًا مذنبًا. ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٥٨) خزانة الفقه (١/ ١٥٨)،مختصر القدوري، (١/ ٢١١)، النهر الفائق شرح كنز الدقائق،لابن نجيم (٣/ ٧٧).

وقال أبو يوسف: إذا حلف أن لا يأكل رُطبًا، فأكل بُسرًا مُذنَّبًا، لا يحنث؛ لأنَّ أكثره بُسر.

ولو أكل رُطبًا مُذنَّبًا، يحنث؛ لأنَّ عامته رطب، والقليل في مقابلة الكثير يلحق بالعدم(١)؛ لأنَّه مغلوب به(٢).

ولو حلف لا يأكل البُسْر، فأكل رطبًا مُذنَّبًا، لا يحنث، ولو أكل بُسرًا مذنبًا، يحنث؛ لما بينّا، يدل عليه أنه لو حلف لا يشتري رطبًا، فاشترى رطبًا مُذنَّبًا، حنث، ولو اشترى بسرًا مُذنِّبًا، لا يحنث.

ولو حلف لا يشتري بسرًا، فاشترى بسرًا مذنَّبًا لا يحنث؛ لما بينًّا: أنَّ العبرة للأكثر(٣).

لأبي حنيفة: أنَّ الرطب المذنَّب: اسم لرطب في ذنبه بسر، والبُسْر المذنَّب: اسم ليس في ذنبه رطب.

فإذا حلف لا يأكل رُطبًا ولا بُسرًا، فأكل المذنَّب منهما، حنث(٤)؛ لوجود الشرط؛ لأن الأكل فعل حقيقي يتصل إليه بالمأكول فيتناول القليل أصلاً كما

---

(١) هذه القاعدة كثيرة الدوران على أقلام الفقهاء في مواطن التعليل، ولا سيما عند الحنفية؛ فكأنها تقوم بمثابة قاعدة من قواعد الإثبات والترجيح المتبعة عندهم. ينظر: البيان والتحصيل، لابن رشد الجد (٧/ ٣٠٦)، بدائع الصنائع (٤/ ٩)، كشف الأسرار (١/ ٢٤٢)، شرح التلويح على التوضيح (١/ ٤٥)، قواعد الفقه، لعلي الندوي (١/ ٣٨٠).

(٢) وهو الصحيح عند محققي المذهب. ينظر: مختصر القدوري (١/ ٢١١)، المبسوط (٨/ ١٨٤)، بدائع الصنائع (٣/ ٦٠)، الفتاوى الهندية (٢/ ٨٢).

(٣) قاعدة فقهية واردة بلفظها في كتب الفقه وقواعده. ينظر: أصول السرخسي (١/ ٣٠٥)، تحفة الفقهاء (١/ ٢٤١)، كشف الأسرار (٣/ ٨٢)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، للزحيلي (١/ ٤٣٥).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٥٨)، خزانة الفقه (١/ ١٥٨)، مختصر القدوري (١/ ١٢٨)، العناية شرح الهداية (٥/ ١٢٠).

يتناول الكثير، بخلاف الشراء فإنه تصرف نطقي يتناول المنطوق دون غيره، لكن القليل من غيره يدخل تبعًا، فلا يصير مشتريًا للقليل.

ولهذا إذا حلف لا يشترى رُطبًا، فاشترى كِبَاسَة[١] بُسْرٍ فيها رُطبة، أو رطبتان، لا يحنث؛ لأنَّ الشراء يتناول البسر، لكن الرطب دخل فيه تبعًا من غير ذكر[٢].

وكذلك إذا حلف لا يشترى بُسرًا، فاشترى كِباسَة فيها بُسر قليل، لا يحنث؛ لأنَّ الشراء يتناول الرطب دونه[٣]. وكذلك إذا حلف لا يشتري حِنْطَةً، فاشترى شعيرًا فيه حبات حِنْطة، لا يحنث؛ لأنَّ الشَّراء يتناول الشعير، دون الحنطة. وكذا إذا حلف لا يشتري شعيرًا، فاشترى حنطة فيها حبات شعير، لا يحنث؛ لما بينّا[٤].

ولو حلف لا يأكل حِنطةً، فأكل شعيرًا فيه حبات حنطة، يحنث؛ لأنَّ الأكل كما يتناول الشعير أصلاً، فكذا يتناول الحنطة أصلاً، بخلاف الشراء[٥].

[حلف على عين موصوفة بوصف داعية إلى اليمين]

رجل حلف لا يأكل من هذا الرطب، فأكل منه بعد ما صار تمرًا، لا يحنث؛ لأنَّ الأصل في جنس هذه المسائل: أنه متى عقد يمينه على ذاتٍ موصوفةٍ بصفة،

---

(١) الكِباسة: بالكسر: العذق التام بشماريخه وبسره، وهو من التمر بمنزلة العنقود من العنب. ينظر: طلبة الطلبة (١/ ٧٧)، لسان العرب (٦/ ١٩١).

(٢) ينظر: الأصل (٢/ ٣٢٠)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٥٦)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٦٠).

(٣) ينظر:الجامع الصغير (١/ ٢٥٩)، الفروق، للكرابيسي (١/ ٢٧٥)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٢٥)، تبيين الحقائق (٣/ ١٢٧).

(٤) أي:أنَّ العبرة للأكثر.

(٥) ينظر: مختصر القدوري (١/ ٢١١)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٢٥)، تبيين الحقائق (٣/ ١٢٧)، البناية شرح الهداية (٦/ ١٧٠).

ولتلك الصفة داعٍ إلى اليمين؛ كالرُّطبة في مسألتنا، تتقيد اليمين بالذات والصفة، فتبقى ببقائها، وتزول بزوالها؛ لأنَّ مقصوده من ذلك الصفة والذات[١].

ومتى عقد يمينه على ذاتٍ موصوفةٍ بصفة، وليس لتلك الصفة داعٍ لليمين، تتقيد اليمين بالذات دون الصّفة[٢]، كمن حلف لا يكلم هذا الصَّبي فكلمه بعد ما شاخ، يحنث؛ لأنَّ الصَّبي داعٍ إلى المرحمة والمكالمة، فلا يكون / داعيًا إلى اليمين على ترك كلامه[٣]. (١٥٧/أ)

رجل حلف لا يأكل من هذا اللبن، فأكل منه بعد ما صار شيرازًا[٤]، لا يحنث[٥]؛ لأنَّ حقيقته غير مهجورة؛ لأنَّ عينه يؤكل عادةً، فانصرف الكلام إلى حقيقته.

[الحلف على المستحيل عقلا وعادة]

رجل قال: إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز[٦] اليوم، ولا ماء فيه، فامرأته طالقٌ فمضى اليوم، لا يحنث عند أبي حنيفة ومحمد[٧]،وعند أبي يوسف:

---

(١) ينظر هذا الضابط عند الحنفية في: شرح الزيادات، لقاضي خان (١/ ٣٢٤)، بدائع الصنائع، (٣/ ٦٢)، كشف الأسرار (٢/ ١٢٩)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/ ١٤٨).

(٢) ينظر هذا الضابط عند الحنفية في: أصول السرخسي (٢/ ٨٨)، بدائع الصنائع، (٣/ ٦٢)، كشف الأسرار (٢/ ١٢٩).

(٣) ينظر: الفروق، للكرابيسي (١/ ٢٦٩)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٢٤)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/ ٢٩٨).

(٤) الشيراز: - بالكَسْر- الَّذِي يُؤكَل، وَهُوَ اللَّبَن الرَّائبُ المَسْتَخرَجُ ماؤُه. ينظر: المغرب (١/ ٢٤٨). المصباح المنير في غريب الشرح الكبير،للفيومي الحموي (١/ ٣٩٠).

(٥) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٥٨)، مختصر القدوري (١/ ٢١١)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٥٧)، بدائع الصنائع (٣/ ٦٢).

(٦) الكوز لغة: إناء من فخار له عروة. قال أبو حنيفة: الكُوز، فارسي، وهذا قول لا يعرَّج عليه، بل الْكوز عربِيّ صَحِيح. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٨٠٤)، معجم الألفاظ الفارسية المعربة، السيد ادي شير (١/ ١٤٠).

(٧) ينظر: مختصر اختلاف العلماء، للطحاوي (٣/ ٢٧٣)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٥٧)، تحفة الفقهاء (٢/ ٢٩٣)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٦٣).

يحنث في آخر اليوم؛ بناءً على ما ذكرنا أنَّ اليمين لا تنعقد على مستحيل الكون عندهما، وعنده: تنعقد[١]؛ لأنَّ شربَ الماء ولا ماء مستحيل.

وإن كان في الكوز ماء حين حلف، ثم أراقه قبل مضي اليوم، لم يحنث عندهما، خلافًا لأبي يوسف؛ لما بيّنّا أنَّ اليمين متى انعقدت على جائز الكون، ثم صار بحال يستحيل بكونه، تبطل اليمين عندهما، وعنده: لا تبطل[٢]؛ لما بيّنّا أن فيما يرجع إلى المحلية الابتداء والبقاء علي السواء[٣].

وأجمعوا على أنه إذا حلف ليَمَسنَّ السَّماء، أو ليمشينَّ في الهواء، أو لأَقْلبَنَّ هذا الحجر ذهبًا أو فضةً، تنعقد يمينه، أمَّا عند أبي يوسف، فظاهر[٤]، وأما عندهما؛ فلأنه جائزٌ الكون، فإنّ من الجائز أن يقْدره الله على ذلك، فقد أقدر كثيرًا، فمن حيث إنه جائز الكون، انعقدت يمينه، ومن حيث إنه ممتنعٌ عادةً، ظهر العجز عن البِر ظاهرًا، فيحنث في الحال، هذا إن كانت اليمين مطلقة، أمَّا إذا كانت مؤقتة باليوم ونحوه، لا يحنث، حتى يمضي اليوم؛ لأنَّه لمّا وقّت، فقد دلَّ على أنه وسع الأمر على نفسه في فعل ذلك في الوقت، بخلاف ما إذا لم يوقّت.

ودلَّت هذه المسألة:على جواز كرامة الأولياء عند أبي حنيفة وأصحابه في غير زمن النبوة، وكذلك ظهور خارق العادة في غير زمن النبوة، فإنهم جوزوا

---

(١) ينظر ما ذكره في بداية كتاب الأيمان.

(٢) أي: عند أبي يوسف. ينظر: الجامع الصغير، (١/ ٢٥٨)، عيون المسائل،١/ ١٧١)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٥٧)، تحفة الفقهاء (٢/ ٢٩٣)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٦٣).

(٣) قاعدة فقهية سبق بيانها.

(٤) ينظر: المبسوط، (٨/ ١٢٨)،مختصر القدوري (١/ ٢١٣)، تحفة الفقهاء، (٢/ ٢٩٣)، بدائع الصنائع، (٣/ ١١).

مس السماء وقلب الحجر ذهبًا من الحالف، حيث حكموا بانعقاد يمينه، وأنه خارقٌ للعادة[١].

ولو حلف ليَقتُلنَّ فلانًا وهو لا يعلم بموته، فهو على هذا الاختلاف؛ لأنَّه عقد يمينه على تفويت حياة كانت باقية، وحين حلف كانت متقدمة، فحلف على شيء مستحيل الكون، فأشبه مسألة الكوز لا تنعقد يمينه عندهما، خلافًا له[٢].

وإن كان عالمًا بموته حين حلف، تنعقد يمينه؛ لأنّه عقد يمينه على تفويت حياة يحدثها الله في المستقبل، وإنه جائز الكون فتنعقد، ويحنث في الحال إن لم تكن مؤقتة، ويحنث عند مضي اليوم إن كانت مؤقتة به[٣].

فإن قيل: إن كان العجز عادة ترفع اليمين، فينبغي أن يمنع انعقادها إذا قارن.

قلنا: العجز الطارئ غير العجز المُقارن، وهو العجز عن البِر الواجب باليمين، وأنه لا يكون/ إلا بعد اليمين، فإذا كان الطارئ غير المقارن، فجاز أن يرفع هذا، ولا يمنع ذلك[٤]. (١٥٧/ب)

---

(١) ينظر: المبسوط (٩/ ٧)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٥٧)، تبيين الحقائق (٣/ ١٣٤).التقرير والتحبير على تحرير الكمال (٢/ ١١٣).

(٢) خلافًا لأبي يوسف وزفر- رحمهما الله- لأن عندهما تصور البر ليس بشرط لانعقاد اليمين، فيحنث على كل حال. ينظر:تحفة الفقهاء (٢/ ٢٩)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٦٤).

(٣) الفرق بين المسألتين: هو إن كان لا يعلم بموته، فقد عقد يمينه على الأمرين: على الجرح، وإزهاق الروح، وإزهاق الروح وهو ميت مستحيل فلم تنعقد يمينه، بخلاف هذه المسألة، فإنه يتأتى فيه وهو: الجرح فإن جرحه فقد برَّ في يمينه. ينظر: المحيط البرهاني (٣/ ٣٩٩)، شرح التلويح على التوضيح (١/ ١٥٦).

(٤) ينظر:البحر الرائق (٤/ ٣٥٨)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٥٩٣).

وإن حلف لا يخرج من هذه الدَّار اليوم حتى يأذن له فلان، فمات فلان قبل مضي اليوم فخرج، لا يحنث عندهما، خلافًا له[١]، لأنَّ بموته صار الإذن مستحيل الكون منه.

وكذا إذا حلف: لا يفارق غَريمه اليوم حتى يقبض منه دينه، ثم برئ من الدين قبل مضي اليوم، لا يحنث عندهما؛ خلافًا له؛ لما مرَّ[٢]. والله أعلم.

---

(١) أي: لأبي يوسف.

(٢) تنظر هذه المسألة في: المبسوط (٩/ ٢٣)، تحفة الفقهاء (٢/ ٣٠٨)، المحيط البرهاني (٣/ ٣٧١).

باب الدخول والخروج والركوب

الأصل فيه: وهو أنَّ الخروجَ: انفصالٌ من داخلٍ إلى خارج[١]، والدخول: انفصالٌ من خارج إلى داخل[٢]. والركوب: العلو على الدَّابة على وجه خاص[٣]. والدَّار: اسم للعرصة[٤]، والحيطان والسقوف أوصاف، والوصف في المعين هدر[٥]؛ لأنَّه للتعريف وقد تعرفت بالإشارة، وأنَّها أبلغ في التعريف من الوصف؛ لأنَّها تقطع الشركة، والوصف لا يقطعها، وفي المنكّر يعتبر؛ لأنَّه لم يتعرَّف بالإشارة، فبقى التعريف بالوصف معتبرًا[٦]. والبيت: اسم لمسقف مبني من الحيطان الأربعة معد للبيتوتة فيه[٧]. وما يمتد من الأفعال، يعطى لبقائه حكم الابتداء، وما لا يمتد، فلا[٨].

---

(١) ينظر: تهذيب اللغة (٧/ ٢٦)، لسان العرب (٢/ ٢٤٩).

(٢) ينظر: الصحاح (٤/ ١٦٩٦)، مختار الصحاح للرازي (١/ ٨٤).

(٣) ينظر: كتاب العين (٥/ ٣٦٢)، مقاييس اللغة (٢/ ٤٣٢).

(٤) العرصة: كل بقعة بين الدور فيها بناء والجمع عراص وعرصات، ينظر: المغرب (١/ ١٧٠). لسان العرب (٤/ ٤٩٨).

(٥) من القواعد الفقهية: أن الوصف في الشيء الحاضر المشار إليه في المجلس لغو؛ أي: ساقط الاعتبار، لأن المقصود من الوصف التعريف وإزالة الشبيهة والاشتراك، وقد حصل من ذلك بالإشارة إليه ما هو أعلى وأبلغ، فإن الإشارة تقطع الإشتراك بالكلية، والوصف يقلله، فإذا وجدت يلغو معها ما هو دونها من الوصف الذي يقلل الإشتراك ولا يقطعه. ينظر: بدائع الصنائع (٣/ ١٦٩)، ترتيب اللآلي (٢/ ١١٤٠)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ١٩٢، ٢٥٤)، قواعد الفقه لمحمد عميم الإحسان (١/ ١٣٧).

(٦) من القواعد الفقهية: (الإشارة أبلغ أسباب التعريف). ينظر: بدائع الصنائع (٢/ ٢٧٩)، المحيط البرهاني (٧/ ٣٩٦) كشف الأسرار (٣/ ٣٢٤)، التقرير والتحبير على تحرير الكمال (٢/ ٤١٤).

(٧) ينظر: طلبة الطلبة (١/ ٤٥)، المغرب (١/ ٥٣).

(٨) من القواعد الفقهية: (أن استدامة الشيء تعتبر بأصله). وقيل: (الدوام على الفعل له حكم الابتداء). قال ابن نجيم في الأشباه والنظائر (١/ ١٥٢): «الضابط: أنَّ ما يمتدُّ فلدوامه حكم=

واليوم متى أضيف إلى فعلٍ لا يمتد، جعل عبارة عن مطلق الوقت، ومتى أضيف إلى فعل يمتد جعل عبارة عن بياض النهار، بخلاف الليل(١). وإتيان الشيء: عبارة عن الوصول إليه، بخلاف الخروج إليه(٢).

والسكنى في الدار يقع؛ بالكينونة فيها بنفسه وأهله ورحله، وترك السكنى في الدَّار لا يتحقّق إلا بالانتقال عنها بنفسه وأهله ورحاله، بخلاف المِصر، والقرية.

فإذا عرف هذا نقول:

[حلف لا يدخل هذه الدار، فدخلها وهي صحراء]

قال: رجلٌ: حلف لا يدخل هذه الدَّار، فدخلها بعد ما صارت صحراء، وبنيت مكانها أخرى، يحنث لما بينَّا: أنَّ الدَّار اسم للعرصة، وأنَّها لم تتبدل، والأوصاف في المعين هدر.(٣)

وإنْ دخلها بعد ما صارت بستانًا، أو حمَّامًا، أو مسجدًا، لا يحنث؛ لأنَّها تبدَّلت بتبدل الاسم والمعنى(٤)؛ لأنَّها إلى الآن كانت تسمى بستانًا، ولا تسمى دارًا؛ لأنَّ المعنى المطلوب من البستان، غير المعنى المطلوب من الدار، وكذا من المسجد والحمَّام.

= الابتداء، وإلا فلا». وينظر: المبسوط (٦/ ١٣٥)، شرح التلويح على التوضيح (١/ ٤٣٠)، ترتيب اللآلي (١/ ٣٠٥).

(١) تنظر هذه القاعدة في: أصول الشاشي (١/ ٤٩)، كشف الأسرار ٢/ ٧٦)، شرح التلويح على التوضيح (١/ ١٦٩)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/ ٦١).

(٢) ينظر هذا الضابط عند الحنفية في: الاختيار لتعليل المختار (٤/ ٥٥)، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري للزبيدي (٢/ ١٩٩)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٧٥٧).

(٣) ينظر:الاجامع الصغير (١/ ٢٥٩)، بدائع الصنائع (٣/ ١٦٩)، ترتيب اللآلي (٢/ ١١٤٠)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ١٩٢، ٢٥٤).

(٤) من القواعد الفقهية الواردة عند الحنفية: (اليمين إذا تعلقت باسم مشار إليه، تبقى ببقاء الاسم وتزول بزواله ولا تعتبر أوصافه إذا لم تكن الصفة داعية إلى اليمين). ينظر: القواعد والضوابط المستخلصة (١/ ٢٧٧).

ولو حلف لا يدخل دارًا، فدخلها بعد ما صارت صحراء، أو بنيت مكانها أخرى، لا يحنث[١]، لما بينَّا أنَّ الحيطان والسقف أوصاف الدَّار، والوصف في المنّكر معتبر، فتقيدت اليمين به[٢].

ولو حلف لا يدخل هذا البيت، فدخله بعد ما صار صحراء، أو بني مكانه آخر، لم يحنث؛ لما بينَّا أنَّ البيت: اسمٌ لمسقف مبني من الحيطان الأربعة المعد للبيتوتة/ ، وهذا المبني غير ذلك المبني[٣]. (١٥٨/أ)

[حلف لا يدخل داراً، فدخل بيت عبادة]

ولو دخل مسجدًا أو بيعةً أو كنيسةً أو دِهليزًا[٤] أو ظلَّةً[٥] باب، لا يحنث[٦]؛ لأنَّ هذه الأشياء لم تعد للبيتوتة فيها، إلاَّ في الدهليز، فإن الجواب فيه على التفصيل: إن كان بحال لو غلق الباب يبقى خارجه، لا يحنث، وإن بقى داخله وهو مسقف، يحنث؛ لما مرَّ[٧].

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٥٩)، المبسوط (٣٠/ ١٧٩)، بدائع الصنائع (٣/ ٣٧)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٢١)، مختصر القدوري (١/ ٢١١).

(٢) ينظر ما ذكره في بداية الباب .

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦٠)، خزانة الفقه (١٦٠)، مختصر القدوري (١/ ٢١١)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٥٧).

(٤) الدهليز: بالكسر فارسي معرب، وهي ما بين الباب والدار. ينظر: لسان العرب (٥/ ٣٤٩).

(٥) الظلة: كهيئة الصفة، وهو الشيء الذي يستتر به من الحر والبرد، والظلة: وهو ما يستظل به من الشمس، وظلة الباب، هي السدة التي فوق الباب، وهي ما تكون على السكة، وهي التي تكون على باب الدار من سقف له جذوع أطرافها على جدار الباب وأطرافها الأخرى على جدار الجار المقابل. ينظر: لسان العرب (١١/ ٤١٧).

(٦) ينظر: خزانة الفقه (١/ ١٥٨)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٥٨)، تحفة الفقهاء (٢/ ٣١٢)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٦٧).

(٧) ينظر ما ذكره في مقدمة الباب .

وإن دخل صُفَّة[١]، حنث، قيل: هذا في عرفهم، فإنَّ الصُّفة عندهم، كانت تبنى بحيطان أربعة، وفي عرفنا: لا يحنث؛ لأنها تبنى بحيطان ثلاثة، فلا يتناولها اسم البيت[٢].

[قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق وهي داخله]

ولو قال لامرأته: إن دخلتِ هذه الدَّار فأنت طالق وهي داخله، لم يحنث ما لم تخرج، ثُمَّ تدخل؛ لما بيَّنَّا[٣]. وفي القياس: يحنث؛ لأنَّه فعل ممتد فيعطى لدوامه حكم الابتداء.

قلنا: ممنوع؛ لأَن الدخول انفصال من خارج إلى داخل، وأنه لا يمتد[٤].

ولو قال لها: إنْ خرجت من هذه الدَّار، فأنت طالق، وهي خارجه، لا يحنث حتى تدخل ثُمَّ تخرج؛ لما بيَّنَّا: أن الخروج انفصال من داخل إلى خارج، ولم يوجد[٥].

[قال لامرأته وهي راكبة: إن ركبت فأنت طالق]

رجلٌ قال لامرأته وهي راكبة: إن ركبتِ فأنت طالقٌ، أو قال لها وهي لابسة: إن لبست فأنت طالق، فمكثت ساعة، يحنث؛ لانَّ الركوب واللبسَ من الأفعال الممتدة، فتعطى لبقائها حكم الابتداء، فتصير راكبة لابسة بعد اليمين[٦].

---

(١) الصفة من البنيان شبه البهو الواسع الطويل السمك، والصفة: المظلة، والصفة موضع مظلل من المسجد؛ كان يأوي إليه المساكين. ينظر: كتاب العين (٧/ ٨٩).

(٢) ينظر: خزانة الفقه (١/ ١٥٨)، تحفة الفقهاء (٢/ ٣١٢)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٦٧).

(٣) وهو قوله: وما يمتد من الأفعال يعطى لبقائه حكم الابتداء، وما لا يمتد فلا. ينظر: (ص/ ١٥١).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦٠)، المبسوط (٨/ ١٦٢)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٥٨).

(٥) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦٠)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٥٨)، خلاصة الدلائل في تنقيح المسائل، للرازي (٢/ ٢٦٥).

(٦) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦٠)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٥٩)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٦٩).

وإن أخذت في النزول والنزع ساعتين، لا يحنث عند علمائنا الثلاثة، وعند زُفر: يحنث؛ لأنه[١] وجد عقب اليمين ما يسمى لبسًا وركوبًا، وأنَّه شرط الحنث. ولنا: أنَّ ذلك القدر مستثنى عن اليمين؛ لأنَّه غير مقدورٍ عليه[٢].

[حلف لا يخرج من المسجد، فحمل بأمره]

ولو حلف لا يخرج من المسجد، فحمله رجلٌ بأمره، فأخرجه، يحنث؛ لأنَّ فعله بأمرهِ مضاف إليه. وإن حمله مكرهًا وأخرجه، لا يحنث؛ لأنَّ فعله غير مضاف إليه، فلم يوجد منه الخروج، لا حقيقةً، ولا مجازًا[٣]. وإن حمله بغير أمره وأخرجه لكنه راضٍ به، قيل: يحنث، وقيل: لا يحنث، وهو الأصح[٤]؛ لأن شرط حنثه خروجه، وأنَّه لم يوجد منه لا مباشرة، ولا تسببًا فلا يحنث.

ولو حلف لا يخرج من داره إلا إلى الجنازة، فخرج إليها، لا يحنث؛ لأنَّه مستثنى عن اليمين. وإن خرج إليها ثم أتى حاجةً أخرى، لا يحنث، لأن شرط الحنث خروجه ولم يوجد؛ لأنَّ الإتيان ليس بخروج.

ولو حلف لا يخرج إلى مكة، فخرج يريدها ثم بدا له فعاد، حنث؛ لأنَّه لمَّا انفصل من وطنه قاصدًا فقد وجد الخروج إليها، فيحنث[٥].

---

(١) أي: الركوب واللبس.

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦٠)، مختصر القدوري (١/ ٢١١)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٥٩)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٦٩).

(٣) قال القاضي خان في شرحه للجامع (١/ ٧٠): «وإذا أخرج مكرهًا، هل تنحل اليمين، حتى لو خرج بعد ذلك بنفسه، لا يحنث؟. اختلف المشايخ رَحِمَهُمُ اللَّهُ فيه، والصحيح: أنها لا تنحل، فيحنث بالخروج بعد ذلك».

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦١)، المبسوط (٨/ ١٧١)، بدائع الصنائع، (٣/ ٣٦، ٤٢)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٢٣)، البناية شرح الهداية، (٦/ ١٥٨).

(٥) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦١)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٥٩)، بدائع الصنائع (٣/ ٤٣)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٢٣).

وههنا ثلاث مسائل: أحدها هذه:

الثانية: حلف لا يأتي مكة فخرج يريدها، ثم بدا له فعاد، لا يحنث؛ لأنَّ شرط الحنث إتيان مكة، وأنَّه عبارة عن الوصول إليها، / لقوله -تعالى-: ﴿فَأْتِيَا فِرْعَوْنَ فَقُولَآ﴾[1] والمراد منه: وصولهما إليه، ولم يوجد الوصول. (١٥٨/ب)

والثالثة: حلف لا يذهب إلى مكة فخرج يريدها، ثم بدا له فعاد، يحنث عند البعض[2]؛ لأنَّ الذهاب بمعنى الخروج، قال الله تعالى: ﴿لِيُذْهِبَ عَنكُمُ ٱلرِّجْسَ أَهْلَ ٱلْبَيْتِ﴾[3].

وقال آخرون: لا يحنث[4]؛ لأنه بمعنى الإتيان، قال الله تعالى: ﴿فَٱذْهَبَا بِـَٔايَٰتِنَآ إِنَّا مَعَكُم مُّسْتَمِعُونَ﴾[5].

والمراد منه: الوصول، قيل: هذا إذا لم يكن له نية، وأما إذا نوى بالذهاب الإتيان لا يحنث؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه؛ لأنه يستعمل له لما بينا[6]، وإنما الخلاف فيما إذا لم ينوِ.

[تقييد اليمين بدلالة الحال]

امرأة أرادت أن تخرج فقال لها زوجها: إن خرجت فأنت طالق، فجلست ثم قامت فخرجت، لم تطلق؛ لأنَّ يمينه تقيدت بتلك الخرجة، بدلالة حاله، ولذلك

---

(١) سورة الشعراء، الآية: (١٦). والآية بتمامها قوله تعالى: ﴿فَأْتِيَا فِرْعَوْنَ فَقُولَآ إِنَّا رَسُولُ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ﴾.

(٢) وهو قول: محمد بن سلمة البلخي، رَحِمَهُ ٱللَّهُ. ينظر:الجامع الصغير(١/ ٢٦١)، بائع الصنائع (٣/ ٤٣)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٢٣)، تبيين الحقائق (٣/ ١٢١).

(٣) سورة الاحزاب، الآية: (٣٣).

(٤) وهو قول: نُصيرُ بن يحيى الجوزجاني، رَحِمَهُ ٱللَّهُ. ينظر: البناية شرح الهداية (٦/ ١٦٠).

(٥) نص الآية: قوله تعالى: ﴿قَالَ كَلَّا فَٱذْهَبَا بِـَٔايَٰتِنَآ إِنَّا مَعَكُم مُّسْتَمِعُونَ ﴿١٥﴾﴾ [الشعراء:١٥].

(٦) أي: لما ذكره في بداية الباب أن إتيان الشيء عبارة عن الوصول إلبه.

إذا أراد رجل أن يضرب عبده، فقال له آخر: إن ضربته، فعبده حر، فامتنع عن الضرب ثمَّ ضرب، لا يحنث[١]؛ لأنَّ يمينه تقيدت بتلك الضربة بدلالة حاله.

رجل قال لآخر: تعال تغد معي فقال: إن تغدّيت فعبده حر، فانصرف فتغدّى في منزله، لم يحنث[٢]؛ لأنَّ قوله: خرج جوابًا لكلامه، فتضمن إعادته[٣]، فصار؛ كأنَّه قال: إن تغديت معك فعبده حرٌّ[٤].

[حلف لا يسكن هذه الدار، فترك فيها أهله ومتاعه]

رجلٌ حلف لا يسْكن هذه الدَّار، فخرج بنفسه، وترك أهله ورحله، يحنث؛ لأنَّ المرء يُعد ساكنًا في الدَّار بكون أهله ورحله فيها، فإنَّه يقال: فلان يسكن دار كذا وهو يطوف في الأسواق وغيرها عامَّةَ نهاره ويبيت في غيرها[٥]. وههنا ثلاث مسائل: أحدها هذه:

الثانية: حلف لا يسكن هذا المِصر فخرج منه، وترك أهله ورحله، لا يحنث؛ لأنَّ الإنْسان يعدُّ ساكنًا في مصر مع كون أهله ورحله في مصر آخر، بخلاف الدار[٦].

الثالثة: حلف لا يسكن هذه القرية، فخرج بنفسه، وترك أهله ورحله، قيل:

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦٢)، الفصول في الأصول (١/ ٥١)، أصول السرخسي (١/ ١٩٤)، تحفة الفقهاء (٢/ ٢٩٤).

(٢) والقياس عند الحنفية: أنه يحنث، وهو قول زُفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ. ينظر: شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٥٩)، الفروق للكرابيسي (١/ ٢١٤).

(٣) من القواعد الفقهية عند الحنفية بنحو ما ذكره الشارح: (الكلام متى صدر جوابًا، يتضمن إعادة السؤال). ينظر: أصول البزدوي (١/ ١٣٠)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١٣٩)، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (١/ ١٤٨، ١٦٠).

(٤) ينظر: الفصول في الأصول (١/ ٥١)، أصول السرخسي (١/ ٢٧٢)، شرح التلويح على التوضيح (١/ ١١٧).

(٥) ينظر: النافع الكبير شرح الجامع الصغير (١/ ٢٦٢)، عيون المسائل (١/ ٤٤٦)، مختصر القدوري (١/ ٢١٣)، تحفة الفقهاء (٢/ ٣١٤).

(٦) ينظر: تحفة الفقهاء (٢/ ٣١٤)، بدائع الصنائع (٣/ ٤٢).

يحنث كما في الدّار، وقال آخرون: لا يحنث، كما في المِصر، وهو اختيار البرهان بن مازه[١].

وترك السكنى لا يتم عند أبي حنيفة، إلا بالانتقال بنفسه، وأهله، وقماشه كله، حتى لو بقي في الدَّار وتد، لا يبر في يمينه.

وقال أبو يوسف: يتم بنقل الأكثر[٢]؛ لأن نقل الكل متعذر فأقيم الأكثر مقام الكل[٣].وقال محمد: يتم بنقل ما يقوم به كدخذائية[٤]؛ لأن ما عداه لا يعتبر في كونه ساكنًا[٥].

ولأبي حنيفة: وهو أن كونه ساكنًا يثبت بالكل، فلا يرفع إلا بنقل الكل؛ لأنَّه لو نقل البعض دون البعض، وقع الشك في ارتفاعه فلا يرتفع بالشك، وإنما يبر في يمينه إذا أخذ في النقلة ساعة.

---

(١) سبق ترجمته .

(٢) ومن الحنفية من صرح أنَّ عليه الفتوى، وقيل: الإفتاء بقول الإمام أولى؛ لأنه أحوط، ولكن ابن الهمام قال: إن المدار هنا ليس على نقل الكل ليقوم الأكثر مقامه، بل على العرف في أنه ساكن أو لا، والحق أنَّ من خرج على نية ترك المكان وعدم العودة إليه ونقل من أمتعته فيه ما يقوم به أمر سكناه وهو على نية نقل الباقي، لا يعد ساكنًا فيه، وهذا الخلاف في نقل الأمتعة، أمّا الأهل فلا بدَّ من نقلهم كلهم اتفاقًا. ينظر: فتح القدير (٥/ ١٠٧).

(٣) من القواعد الفقهية عند الحنفية وهي صيغ متعددة منها: (الأكثر ينزل منزلة الكمال). وقيل: (للأكثر حكم الكمال أو حكم الكل). وقيل: (الأقل يتبع الأكثر). ينظر: أصول السرخسي (١/ ٤١)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ٥٨)، كشف الأسرار (١/ ٢٨، ٣٤٩)، شرح التلويح على التوضيح (٢/ ٣٣٣).

(٤) كدخذائيه باللغة الفارسية: اسم له من البيت الذي له عيال وخدم. ينظر: البناية شرح الهداية (٦/ ١٥٥)، اللباب في شرح الكتاب (٤/ ٢٤).

(٥) ينظر: النافع الكبير شرح الجامع الصغير (١/ ٢٦٢)، المبسوط (٨/ ١٦٣)، تحفة الفقهاء (٢/ ٣١٤)، بدائع الصنائع (٣/ ٧٢).

حلف ولم يؤخر، ونقل كما ينقل الناس من غير إخلال بقدر ما بوسعه، هذا إذا انتقل / بجميع ذلك إلى دار أخرى أو منزل آخر، أما إذا نقلها إلى سكة أو مسجد، لا يبر، استدلالاً لمسألة ذكرها في (الزيادات) وهي كونه انتقل بأهله ومتاعه إلى مكة، فلما دخلها، بدا له أن يعود إلى خراسان، ومر بالكوفة، صلى بها ركعتين؛ لأن وطنه بالكوفة، بطل بوطنه لمكة. (١٥٩/أ)

وإن بدا له قبل أن يدخل مكة فعاد إلى خُراسان ومرَّ بالكوفة، صلى بها أربعًا؛ لأن وطنه بالكوفة، لم يبطل، ما لم يتخذ وطنًا آخر، وبهذا ظهر أنه ما لم يبطل ما لم يتخذ وطنًا آخر، وبهذا ظهر أنه ما لم ينقلها إلى دارٍ أخرى، أو منزل آخر، لا يرتفع سكناه من الأول[١].

[حلف لا يركب دابة فلان، فركب دابة عبده المأذون]

رجلٌ حلف لا يركب دابةَ فلان، فركب دابة عبده المأذون، لم يحنث عند أبي حنيفة[٢]؛ لأنَّ الدَّابةَ تضاف إلى العبد يدًا، وإن كانت مضافة إلى فلان ملكًا، فكانت قاصرة، والمطلق لا يتناول القاصر في محل الشرط[٣].

ولهذا إذا قال: كل مملوك لي فهو حرٌّ، لا يدخل المكاتب؛ لقصوره في الإضافة؛ لأنه مملوك ذاتًا لا يدًا، إلا إذا نواه؛ لأنَّ القاصر يدخل تحت المطلق عند النية، هذا إذا لم يكن له نية[٤].

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦٢)، بدائع الصنائع (١/ ١٠٤)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٧٤).

(٢) ينظر: مختصر القدوري (١/ ٢١١)، بدائع الصنائع (٣/ ٧١)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٢٤)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ٥٩).

(٣) من القواعد الفقهية عند الحنفية: (اللفظ إذا تناول أفرادًا، وفي بعضها نوع قصور لا يدخل القاصر تحته). ينظر: أصول البزدوي (١/ ٨٧)، المبسوط (٨/ ١٧٦)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (٧٧)، العناية شرح الهداية (٥/ ١٢١)، البحر الرائق (٣/ ١٢٧).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٧٦)، أصول الشاشي (١/ ٨٦)، أصول السرخسي (١/ ١٩٢)، بدائع الصنائع (٥/ ١٠٧).

وإن نوى: إن كان على العبد دين مستغرق، لا يحنث؛ لأنه لا ملك للسيد في كسبه عند أبي حنيفة، فلا تضاف الدَّابة إليه لا ملكًا ولا يدًا، وإن لم يكن عليه دين حنث؛ لأنها مضافة إليه ملكًا؛ لأنَّ له ملكًا في كسب عبده المأذون، إذا لم يكن عليه دينٌ، والقاصر يدخل تحت المطلق بالنية.

وعند أبي يوسف: يحنث في الفصلين إذا نوى، ولا يحنث إذا لم ينو، لما ذكرنا؛ لأنَّ كسب العبد المأذون ملك السيد عندهما، سواء كان عليه دين أم لا؟ فتكون الإضافة قاصرة فيتناولها المطلق عند النية، وعند محمد: يحنث في الوجهين نوى، أو لم ينو[1].

[رجل قال: إن لم آتك غداً إن استطعت فعبدي حر]

رجلٌ قال: إن لم آتك غدًا إن استطعتُ، فعبده حرٌّ، فلم يأته من غير مرض أعاقه ولا سلطان منعه، ولا عذر حدث له، حنث في يمينه؛ لأنَّ مطلق كلامه ينصرف إلى الاستطاعة[2]، من حيث الآلات والأسباب، وأنَها قائمةٌ، وإن عنى به الاستطاعة الحقيقية وهي: القوة[3]، قيل: دين ديانة، ولا يدّين قضاء؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظ البِر؛ لأنّ الاستطاعة تستعمل: للقوة الحقيقة، كما تستعمل لآلة القوة وأسبابها، وهي المرادة من قوله تعالى: ﴿مَا كَانُوا۟ يَسۡتَطِيعُونَ ٱلسَّمۡعَ﴾[4]، إلا أنَّه خلاف الظاهر، فدين ديانةً، ولم يدين قضاءً، وقال آخرون: دين قضاءً وديانةً، ولا يحنث مطلقًا؛لأنه نوى حقيقةَ كلامه؛ لأنَّ الاستطاعة الحقيقية هي:

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦٢)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٦٠)، بدائع الصنائع (٢/ ٣٢٤)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٧٧).

(٢) الاستطاعة لغة: القدرة على الشيء، والقدرة هي صفة لها، إن شاء فعل وإن شاء لم يفعل. قال الجرجاني في التعريفات (١/ ١٩): «الاستطاعة والقدرة والقوة والوسع والطاقة، متقاربة المعنى في اللغة».

(٣) المقصود هنا الاستطاعة من حيث القضاء والقدر. ينظر: التعريفات (١/ ١٩)، التوقيف على مهمات التعاريف،للمناوي (١/ ٤٨).

(٤) سورة هود: جزء من الآية: (٢٠).

القوة وأنها تأتي مقارنة للفعل لا سابقة ولا لاحقة، والاستطاعة من حيث الآلات استطاعة مجازًا، سميت بذلك / ، لكونها سببًا في الاستطاعة الحقيقة[١]. (١٥٩/ب)

ودلَّت هذه المسألة: على أنَّهم كانوا يقولون بالاستطاعة الحقيقية، وهو القوة مع الفعل لا قبله، كما هو مذهب أهل السنة والجماعة؛ حيث صدقوه في نية ذلك ديانةً وقضاءً عند البعض، وديانةً عند آخرين[٢]. وأنَّ الاستطاعة تتنوعُ إلى استطاعة من حيث الأسباب والآلات، وهي التي يعتمد عليها صحة التكليف[٣]، وإلى استطاعة حقيقية، وهي: القوة وهي التي يحصل بها الفعل، دون الأولى[٤].

والله أعلم بالصواب.

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦٢)، المبسوط (٨/ ١٥٨)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٦٠)؛ بدائع الصنائع (٣/ ١٥)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٧٨).

(٢) وبه قال الطَّحاوي رَحِمَهُ ٱللَّهُ إلى أنَّه يصدق ديانة وقضاء، خلافًا لأبي بكر الرازي رَحِمَهُ ٱللَّهُ فإنَّه يصدق ديانة لا قضاءً. ينظر: الفصل في الملل والأهواء، لعلي بن أحمد ابن حزم (٣/ ٢١)، معالم أصول الدين لمحمد بن عمر للرازي (١/ ٨٩)، مجموع الفتاوى لابن تيمية (٨/ ٤٨٠)، اللباب في علوم الكتاب لسراج الدين الحنبلي (٢/ ٥١٤)، اعتقاد أئمة السلف شرح أهل الحديث، لمحمد بن عبد الرحمن الخميس (١/ ٥٤).

(٣) التكليف لغة: مأخوذ من الكُلْفة. يقال: كلفه تكليفًا؛ أي: أمره بما يشق عليه. ينظر: تهذيب اللغة (١٠/ ١٤٠)، مختار الصحاح (١/ ٢٤٠).

(٤) قاعدة التكليف هذه القاعدة من القواعد المشتركة. والمراد بهذه المسألة: هل العبد قادرًا قبل الفعل أم لا يكون قادرًا إلا بإيقاعه للفعل؟ ينظر: أصول السرخسي (٢/ ٣٤٠)، المحصول في أصول الفقه، لابن العربي المالكي (١/ ٢٤)، شرح تنقيح الفصول، للقرافي (١/ ١٤٣)، البحر المحيط (٢/ ١١٢)، شرح التلويح على التوضيح (١/ ٣٧٨)، معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، للجيزاني (١/ ٦٢٧).

باب اليمين في الكلام

الأصل فيه:

وهو أنَّ الصفة بإطلاقها متى تناولت الفعل الممتد إلى آخر العمر، فذكر الشهر يكون إخراجًا لما وراء لا مدًّا إليه؛ لأنَّ الممدود لا يقبل المدَّ، فيبقى الشهر الذي يلي التصرف داخلاً فيه؛ لأنَّ ما عداه خرج، وإن كانت لا تتناول الممتد، كان ذكر الشهر مقدارًا، كذلك الفعل[1].

وإن اليوم متى أضيف إلى فعل لا يمتد[2]، جعل عبارة عن الوقت المطلق[3]، كما في قوله: ﴿ وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥ ﴾[4]. فإنَّ المراد منه: الوقت المطلق، حتى إن من ولَّى دبرَه ليلاً يلحقه هذا الوعيد[5].

وإن أضيف إلى فعل يمتد[6]، جعل عبارة عن بياض النَّهار، كما في قوله: ﴿إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ﴾[7].

وإن أضيف الليل إلى فعل يمتد، فهو لليل خاصَّة؛ لأنَّه لا يستعمل له لغيره[8].

---

(١) ينظر تقرير هذا الأصل عند الحنفية في: الهداية شرح البداية (٢/ ٣٢٩)، العناية شرح البداية (٥/ ١٤٥)، البحر الرائق (٤/ ٣٦٢).

(٢) كالكلام.

(٣) قاعدة سبق بيانها.

(٤) نص الآية بتمامها: قوله: ﴿ وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِّقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَىٰ فِئَةٍ فَقَدْ بَآءَ بِغَضَبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَمَأْوَىٰهُ جَهَنَّمُ ۖ وَبِئْسَ ٱلْمَصِيرُ ﴾ [الأنفال:١٦].

(٥) ينظر تفسير الآية في: أحكام القرآن للجصاص (٣/ ٣٠٧)، الفروق للكرابيسي (١/ ١٦٨)، بدائع الصنائع (٣/ ٥١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ٦١).

(٦) كالصوم.

(٧) سورة الجمعة، الآية: (٩).

(٨) تقدم ذكر هاتين القاعدتين ص (١٤٧).

وكلمة (حتى): للغاية، (وإلا أن)[١] تلحق بها إذا تعذَّر العمل بحقيقة الاستثناء، ويصير مجازًا عن (حتى)[٢]؛ كما في قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَقَطَّعَ قُلُوبُهُمْ﴾.[٣] ﴿إِلَّآ أَن تُغْمِضُواْ فِيهِ﴾[٤]. معناه إلى إغماضكم وإلى تقطع قلوبهم.

والإشارة والإضافة متى اجتمعتا والمقصود منهما واحد، تعتبر الإشارة دونها؛ لأنَّه أبلغ لتحصيل المقصود، وإن اختلف المقصود منهما، اعتبرتا؛ لأنه أمكن العمل بهما، فلا يصار إلى الترجيح[٥].

فإذا عرف هذا فنقول:

[حلف لا يكلم فلانا شهراً]

قال: رجلٌ حلف أن لا يكلم فلانًا شهرًا، فهذا على الشهر الذي يلي الحلف؛ لأنَّ الحلف بإطلاقه يقتضي التحريم الممتد إلى آخر العمر، فإذا قيد بالشهر، يكون لإخراج ما وراءه؛ لما مرّ[٦].

---

(١) قاعدة نحوية أصولية، وهي محل خلاف وتفصيل عند النحاة والأصوليين على حد سواء. وللغاية حرفان: (إلى) و(حتى). وحكم الغاية: أن يكون ما بعدها مخالفًا لما قبلها، وإلا لم تكن مخصصة. ينظر: علل النحو، لمحمد بن عبدالله الوراق (٣١٧)، أصول الشاشي (١/ ٢٢١)، شرح التلويح على التوضيح (١/ ٢١٣)، مغنى اللبيب عن كتب الاعاريب، لابن هشام (١/ ١٠٤، ١٦٦)، البحر المحيط (٣/ ٢٢٣)، تيسير التحرير،لمحم أمين افندي (٢/ ٩٦).

(٢) ينظر: أصول السرخسي (١/ ٢٢٨)، الفروق للكرابيسي (١/ ٢٦٧)، بدائع الصنائع (٣/ ٤٥)، المحيط البرهاني (٤/ ٢٤٥).

(٣) سورة التوبة، جزء من الآية:(١١٠).

(٤) سورة البقرة ، جزء من الآية:(٢٦٧).

(٥) ينظر: العناية شرح الهداية (٥/ ١٥٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/ ٤١٠)، ترتيب اللآلي (١/ ٤٠٩)، القوعد الفقهية،لمحمد عميم الإحسان (١/ ٥٥).

(٦) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦٣)، مختصر القدوري (١/ ١٢٩)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٦٠).

ولو حلف ليصومنَّ شهرًا، فهذا على الشهر الذي يختاره أي شهر كان؛ لأنَّ اللفظ بإطلاقه يتناول إمساك طرفه لطيفة تقتضيه اللغوية، وإمساك يوم مع النية تقتضيه العرفية الشرعية، فكان ذكر الشهر لتقدير الصوم الملزم، وأنه / ، مُنكَّر، والنية تعينه[١]. (١٦٠/أ)

ولو أَجَّر دارًا شهرًا، فالإجارة على الشهر الذي يلي العقد بإطلاقه يقتضي التمليك إلى آخر العمر؛ لأَنَّه تملَّك منافعها مطلقًا، فكان ذكر الشهر لإخراج ما وراءه[٢].

[فيمن حلف لا يتكلم فقرأ القرآن]

رجلٌ حلف لا يتكلم فقرأ القرآن: إن قرأه في الصلاة، لا يحنث، وإن قرأه خارجها، حنث؛ لانَّ القرآءة تكلُّمٌ حقيقة، إلا أنَّه سقط اعتبارها في الصلاة ضرورة الحكم بجوازها معهما؛ لأَنَّه لو لم يسقط اعتبارها، لفسدت الصلاة بها؛ لأنَّ الكلام يُفسِد الصلاة[٣].

قيل: هذا في عرفهم، وأما في عرف ديار العجم، لا يحنث في الفصلين[٤]؛ لأنهم لا يسمُّون القراءة تكلمًا، فإنهم يقولون: فلان يقرأ القرآن عامة نهاره، ولا يتكلم.

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦٣)، مختصر القدوري (١/ ١٢٩)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٦٠)، بدائع الصنائع (٢/ ٥٧).

(٢) ينظر: شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٦٠)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٧٩).

(٣) وهو ظاهر المذهب. وفي القياس عند الحنفية: يحنث في الصلاة وخارجها لوجود حد الكلام، والمختار أن اليمين إذا كانت بالعربية، لم يحنث بالقراءة في الصلاة ويحنث بالقراءة خارجها، وإن كانت بالفارسية، لا يحنث مطلقًا. ينظر: خزانة الفقه (١/ ١٦٠)، مختصر القدوري (١/ ٢١١)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٦١)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٨٠).

(٤) جاء في مجمع الأنهر (١/ ٥٦٥): «وهو المختار عند الحنفية اختاره خُواهر زاده؛ لأنه لا يسمى متكلمًا عرفًا ولا شرعًا».

[حلف يوم يكلم فلاناً فعبده حرٌ فكلمه ليلاً]

ولو قال: يومَ أكلمُ فلانًا فعبده حر، فكلمه ليلاً، حنث؛ لأنَّه أضيف إلى فعل لا يمتد وهو التكلم، فجعل عبارة عن الوقت المطلق، وإن نوى به بياض النَّهار، دُيِّن(١)؛ لأنَّه نوى ما يحتمله كلامه؛ لما بينَّا أنَّه يستعمل لهما.

وإن قال: ليلة أكلم فلانًا، فهذا على الليل خاصة؛ لأنَّه لا يستعمل لغيره(٢).

[حلف لا يكلم فلانا حتى يقدم فلان]

ولو حلف لا يكلم فلانًا، حتى يقدم فلان، أو إلَّا أن يقدمَ فلانٌ، أو حتى يأذن له فلان، أو إلا أن يأذنَ له فلان، فكلَّمه قبل القدوم وقبل الإذن، حنث(٣)؛ لأنَّ شرط الحنث وجدا ليمين باقية، فإن كلَّمه بعد القدوم، أو الإذن، لم يحنث؛ لأنَّ الشرط قد وجد، واليمين غيرُ باقية؛ لأنَّها كانت عرفية بالقدوم، أو الإذن، فلا يبقى بعده، أمَّا بـ(حتى)، فظاهر(٤)، وأما بـ(إلا أن) الآية. لأنه تعذر العمل بحقيقة الاستثناء؛ لأنه يقع على خلاف الجنس، فجعل مجازًا عن (حتى)، وأنْ مع الفعل المضارع المصدر، فصار تقدير قوله: إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ حتى أذنه.

وإن مات فلان قبل القدوم، أو الإذن، بطلت اليمين عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأنَّ الوقت صار مستحيل الكون؛ لأنَّ القدوم أو الإذن يستحيل من الميت(٥).

---

(١) أي: يصدق ديانةً وقضاء. وفي رواية عن أبي يوسف، رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه يصدق ديانة لا قضاء؛ لأن اللفظ عبارة عن مطلق الوقت في عرف الاستعمال، فلا يصدق في الصرف عنه.

(٢) ينظر: شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٦١)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٨٧)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٢٩).

(٣) ينظر ما ذكره القاضي خان رَحِمَهُ اللَّهُ في شرحه للجامع الصغير (١/ ٨٣)، وابن الهمام في فتح القدير (٥/ ١٤٩).

(٤) أي: أنها للغاية؛ لأنها أداة خافضة موضوعة لانتهاء الغاية كـ«إلى». ينظر: المغني في أصول الفقه،للخبازي (١/ ٣٠٦)، تبيين الحقائق (٣/ ١٣٨).

(٥) خلافًا لأبي يوسف فإن اليمين عنده لا تبطل؛ لأن التصور ابتداء ليس بشرط. ينظر: المبسوط (٩/ ٦)، مختصر القدوري (١/ ٢١١)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٨٣).

[حلف على ما هو من قبيل الشرط لا التعريف]

ولو حلف لا يكلم عبد فلان، فالكلام في جنس هذه لا يخلو: إما أن يكون الفعل المحلوف عليه مضافـًا إلى محل يضاف إلى فلان ملكـًا، أو نسبةً لا ملكًا، وكل واحدٍ منهما لا يخلو:

إما إن أشار مع الإضافة أو لم يشر، ففي إضافة الملك إن لم يشر؛ نحو: إن حلف لا يكلم عبده فلانًا ولا يلبس ثوبه، ولا يأكل طعامه، ولا يدخل داره، يعتبر الملك وقت الفعل؛ لأنّ شرط الحنث فعل في محل يضاف إليه ملكًا، فيعتبر وجوده على هذه الصفة، حتى إنه لو زال هذه الأشياء عن ملكه، ثم فعل الحالف، لا يحنث لعدم الشرط(١).

وإن لم يكن له شيء من هذه الأشياء يوم حلف، ثم /، استحدث ففعل فيه، حنث لوجود الشرط، وفي الدَّار كذلك عند أبي حنيفة، ومحمد، وعند أبي يوسف، يشترط الملك فيها مستدامًا من وقت الحلف إلى وقت الحنث(٢)؛ لأن الملك يستدام فيها عادة(٣).

قلنا: العادة فيه مشتركة، فلا تصلح مقيدة(٤). (١٦٠/ب)

---

(١) ينظر: شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٨٤)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٢٩)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/ ٢٩٨).

(٢) وفي ظاهر الرواية فرَّق أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ بين الدَّار، وبين غيرها، فقال: الدار مما لا يستحدث الملك فيها عادة، فكان مقصود الحالف الامتناع عن دخول دار مضافة إلى فلان وقت اليمين فيتقيد بها. ومن القواعد الفقهية: (الاستدامةَ فيما يسْتَدَامُ كالإِنْشَاء). ينظر:المبسوط (٨/ ١٦٢)، تحفة الفقهاء (٢/ ٣٧٧)، بدائع الصنائع، (٣/ ٧٨)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٨٤)، القواعد الفقهية،لمحمد عميم الاحسان (١/ ٩٦).

(٣) قال الكاساني رَحِمَهُ ٱللَّهُ في بدائع الصنائع، (٣/ ٧٩) :« الْجوابُ أَنَّ دعوى الْعرف على الْوجه الْمذْكورِ ممنوعةٌ، بل الْعُرفُ مشتركٌ، فلا يجوز تقْييدُ المطلق بعادةٍ مشتركةٍ ».

(٤) ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٨٣).

وإن أشار مع الإضافة نحو: إن حلف لا يكلم عبد فلان هذا، ولا يلبس ثوب فلان هذا، إلى آخره، ففعله بعد ما أزاله عن ملكه، لا يحنث عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد[١]: يحنث؛ لأنَّ الإشارة والإضافة اجتمعتا، فتعتبر الإشارة دونها؛ لأنها أبلغ في التعريف.

قلنا: مسلم، لكن المقصود غير متحد؛ لأنَّ الإشارة لتعريف المشار إليه، والإضافة لتعريف أنَّه إنَّما لا يكلمه، ولا يلبسه، هجرانًا لصاحبه وإهانةً له، فإذا اختلف المقصود وأمكن العمل بهما، فلا يصار إلى الترجيح.

وفي إضافة النسبة: إن أشار مع الإضافة؛ نحو إن قال: والله لا أكلم صديق فلان هذا، أو زوجة فلان هذه، فكلمه بعدما زالت الصداقة، وانقطعت الزوجية، حنث بالإجماع[٢]، لأنَّ المقصد من الإشارة والإضافة متحد، لأنَّ الزوج أو الصديق يعادى لعينه، فرجحنا الإشارة على الإضافة[٣].

وإن أضاف ولم يشر، نحو إن: حلف لا يكلم زوجة فلان، ولا صديقه، فكلمه بعدما عاداه وأبانها، لا يحنث عند أبي حنيفة؛ لأنَّ الإضافة لم تبق، وعند محمد، يحنث[٤]، ذكر قول أبي حنيفة ههنا وقول محمد في (الزيادات).

وإن لم يكن له صديق ولا زوجة، فاستحدث ثم كلم، يحتمل أن يحنث عند

---

(١) وهو قول زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ. ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦٤)، تحفة الفقهاء (٢/ ٣٣٧)، بدائع الصنائع (٣/ ٧٨)، تبيين الحقائق (٣/ ١٣٩).

(٢) المقصود بالإجماع هنا: إجماع أبي حنيفة وصاحبيه رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ.

(٣) ينظر: النافع الكبير شرح الجامع الصغير (١/ ٢٦٥)، مختصر القدوري (١/ ٢١١)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٦١).

(٤) وجه قولهما رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ أنَّ هِجْران الْحُرِّ لغيره محتمل، وتركُ الْإِشارة والتَّسمية باسْمه يدُلُّ على ذلك، فلا يحْنثُ مع الِاحْتمال بالشَّكِّ. ووجه قول محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنَّ الْمقصود هِجْرانُهُ، والْإِضافةُ للتَّعْريف فصار؛ كالمُشار إليه. ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦٥). تبيين الحقائق (٣/ ١٣٩).

أبي حنيفة، وقال محمد في (الزيادات): لا يحنث[١]، ولم يذكر قول أبي يوسف، ويحتمل أن يكون قوله مع قول أبي حنيفة.

ولو حلف لا يكلم صاحب هذه الطيلسان فكلمه بعدما باعه، حنَث؛ لأن هذه الإضافة للتعريف المحض[٢]. والله أعلم بالصواب.

* * *

(١) ينظر: شرح الزيادات، لقاضي خان (١/ ٣٢٧).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦٥)، مختصر القدوري (١/ ٢١١)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٦٢).

باب اليمين في الحين

الأصل فيه: معرفة الحين والزمان والدَّهر، والأيَّام الكثيرة، فنذكرها في أثناء المسائل:

[حلف لا يكلم فلانًا حينًا]

رجلٌ حلف ليصومنَّ حينًا، أو زمانًا، أو الحين، أو الزمان، أي شيء نوى دين؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه؛ لأنَّه عبارة عن الوقت، وإن لم يكن له نية، فعلى ستة أشهر[١]؛ لأنَّ الحين: يستعمل للزَّمان القريب، كما في قوله تعالى: ﴿فَسُبْحَانَ اللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ﴾[٢].

والزَّمان المديد، كما في قوله: ﴿هَلْ أَتَى عَلَى الْإِنسَانِ حِينٌ مِّنَ الدَّهْرِ﴾[٣] أي: أربعون سنة من الدهر؛ كذا قيل: في تفسيره[٤].

وللزمان الوسط، كما في قوله تعالى: ﴿تُؤْتِي أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍ بِإِذْنِ رَبِّهَا﴾[٥] / (١٦١/أ)، أي: كل ستة أشهر كذا قيل[٦].

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦٥)، أحكام القرآن للجصاص (٤/ ٤٠٠)، المبسوط (٦/ ١٤٦)، تحفة الفقهاء (٢/ ٣٣٤).

(٢) سورة الروم، الآية: (١٧). وينظر وجه الدلالة من الآية الكريمة في: الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (١٤/ ١٤)، فتح القدير للشوكاني (٤/ ٢٥٢).

(٣) نص الآية: قوله: ﴿هَلْ أَتَى عَلَى الْإِنسَانِ حِينٌ مِّنَ الدَّهْرِ لَمْ يَكُن شَيْئًا مَّذْكُورًا﴾ [الإنسان:١].

(٤) ينظر وجه الدلالة من الآية الكريمة في: أحكام القرآن للجصاص (٤/ ٤٠٠)، الجامع لإحكام القرآن للقرطبي (١/ ٣٢٢)، تحفة الفقهاء (٢/ ٣٣٤)، فتح القدير للشوكاني (١/ ٨١).

(٥) سورة إبراهيم، جزء من الآية: (٢٥).

(٦) وهو ما ورد عند ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حين سئل عمَّن حلف لا يكلمُ فلانًا حينًا، قال: هو على ستة أشهرٍ، فإن النخلة يُدرك ثمرُها في ستة أشهر. وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة. ينظر: المبسوط للسرخسي (٩/ ١٦)، مفاتيح الغيب للرازي (١٩/ ٩٢).

فحملناه على الزمان الوسط بدلالة حال المتكلم؛ لأَنَّه عاقل، والظاهر من حاله أَنَّه ما أراد القصير ولا المديد، وإنما أراد الوسط(١).

[مقدار بعض مسميات الأوقات]

والدَّهرُ معرفًا باللام على الأبد في قولهم، وإما منكَّرًا بدون لام التعريف، قال أبو حنيفة: لا أدري(٢).

وهذا ذاته كمال فضله وورعه؛ لأن الوضع اللغوي لا يدرك قياسًا، وإنما يدرك توقيفًا وسماعًا(٣)، والتوقف عند عدم السماع من فقه الرجل.

وقال صاحباه:هو مثل الحين والزَّمان؛ لأَنَّه يستعمل استعمالهما يقال: ما رأيته منذ حين، ويفهم منهما شي واحد(٤).

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦٥)، مختصر الطحاوي (١/ ٣١٠).المبسوط (٩/ ١٦)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٦٢)، بدائع الصنائع (٣/ ٥٠).

(٢) جاء في تحفة الفقهاء، (٢/ ٣٣٤): «ومن أصحابنا من قال لا خلاف في الدهر أنه على الأبد، وإِنَّما قال أبو حنيفة لا أدْرِي ما الدهر، إِذا قال دهرا».

(٣) هذه القاعدة من القواعد المشتركة بين أهل الأصول، وأهل اللغة، والنحو، وهي مسألة جريان القياس في الأسماء اللغوية، وهي من المسائل الأصولية التي اختلف فيها الفقهاء، وقد ترتب على هذا الخلاف خلاف في بعض الفروع الفقهية. قال الجصاص رَحِمَهُ اللَّهُ في كتابه الأصول في الأصول، (٤/ ١٠٥): «لا مدخل للقياس في إثبات الأسماء». وقد عقد ابن جني أبو الفتح عثمان في كتابه (الخصائص) (١/ ٣٥٧)، باب: في أن ما قيس على كلام العرب، فهو من كلام العرب. وينظر: المحصول للرازي (١/ ٣٤٧)، شرح التلويح على التوضيح (١/ ١٣٤)، البحر المحيط (٢/ ٢٦١).

(٤) الصحيح في المسألة عند محققي المذهب قول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ وعليه مشى أصحاب المتون. ينظر: مختصر القدوري (١/ ٢١٢)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (٣٦٢)، بدائع الصنائع (٣/ ٥٠)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٨٩).

[قال لعبده: إن خدمتني أيامًا كثيرة فأنت حر]

ولو قال لعبده إن خدمتني أيامًا كثيرةً، فأنت حرٌّ، فهذا على عشرة أيام عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه: على سبعة.

وهذه فرع مسألة ذكرها في (الجامع)[1] في الأيام؛ لأنَّ الأيَّام معرفة باللام، وإنه لتعريف كلِّ الجنس، فصار بمعنى أيامٍ كثيرةٍ، ثمَّ في الأيَّام عند أبي حنيفة تقع على العشرة، وعندهما،على السبعة، كذا هنا[2].

لهما: أنَّ الأيام تنتهي بالسبعة، وما بعدها تكرار، ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ عرف الوضع؛ فإنَّ تمييز الأيام إلى العشرة في الوضع بالجمع، فيقال: ثلاثة أيام، وأربعة أيامٍ هكذا إلى العشرة، وما بعدها تمييز بالفرد، فيقال: أحد عشر يومًا، وأمَّا أيَّام بدون لام التعريف، فمطلقها تقع على الثلاثة؛ لأنَّه جمع وأدنى الجمع المطلق ثلاثة[3].

* * *

(١) ينظر: الجامع الكبير لمحمد بن الحسن الشيباني (١/ ٦٠).

(٢) الصحيح في المسألة عند محققي المذهب، قول أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ. ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٣١٠)، مختصر القدوري (١/ ٢١٢)، المبسوط (٩/ ١٧)، بدائع الصنائع (٣/ ٥٠).

(٣) قاعدة فقهية ذكرها الحصيري رَحِمَهُ ٱللَّهُ في كتابه القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (١/ ٢٣٢).

باب اليمين في العتق[١]

الأصل فيه: وهو أنَّ مطلق الكلامِ يتقيد بدلالته، كما يتقيد بصريحه[٢]. وأن أول اسم لفرد سابق، لا يشاركه فيه غيره من جنسه، وإن آخر اسم لفرد لاحق، لا يشاركه فيه غيره من جنسه[٣]. وأنَّ الواجب في الكفارة مطلق تحرير بنية تكفير[٤].

فإذ عرف هذا نقول:

[قال لامرأته: إذا ولدت ولداً، فأنت طالق]

قال رجل لامرأته: إن ولدت ولداً فأنتِ طالق، أو لأمته: إنْ ولدت ولدًا، فأنت حرَّةٌ، فولدت ولدًا ميتًا، تطلق وتعتق[٥]؛ لأنَّ شرطهم ولادة ولد مطلق، وأنَّه بإطلاقه يتناول الحي والميت حقيقةً وشرعًا، وأمَّا حقيقةً، فظاهر؛ لأنَّه اسم للمولود وضعًا، والميت مولود كالحيِّ، وأمَّا شرعًا فلأنَّ؛ العدة تنقضي بولادته. ولو قال لأمته: إن ولدت ولدًا فهو حرٌّ، فولدت ولدًا ميتًا ثم حيًّا، عتق الحي عند

(١) الإعتاق لغة: هو إثبات القوة الشرعية- التي يصير بها المملوك أهلًا للشهادة والولاية. وفي الاصطلاح الفقهي: (هي قوة حكمية يصير بها أهلًا للتصرفات الشرعية). ينظر: طلبة الطلبة (١/ ٦٣)، التعريفات (١/ ١٤٧).

(٢) وردت هذه القاعدة بلفظها وبمعناها في كتب الفقه وقواعده، وممن ورد في معناها: (الدلالة تعمل عمل الصريح، إذا لم يوجد صريح يعارضها). ينظر: أصول السرخسي (١/ ٢٥٤)، كشف الأسرار (٢/ ٣٧٢)، تبيين الحقائق (٦/ ٣٠٣)، ترتيب الامالي (١/ ٥٨٣) (٢/ ٧٠٣).

(٣) تنظر هذه القاعدة الفقهية في: أصول السرخسي (١/ ١٥٦)، بدائع الصنائع (٤/ ٧٢)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/ ١٥٧)، القواعد والضوابط المستخلصة (١/ ٣٠١).

(٤) من القواعد الفقهية المقررة عند الحنفية ما ذكره ابن نجيم رَحِمَهُ ٱللَّهُ في أشباهه (١/ ٦٩). بقوله: «القاعدة الأولى: قاعدة: لا ثواب إلا بالنية... وأما الكفارات: فالنية شرطُ صحَّتها عتقًا أو صيامًا أو إطعامًا».

(٥) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦٦)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٣١)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ٧٢)، تبيين الحقائق (٣/ ١٤١).

أبي حنيفة، وعند الباقين، لم يعتق واحد منهما. أمَّا الأول؛ فلأنَّه ميت، والميت لا يقبل العتق، وأمَّا الثاني؛ فلأنه ليس بأول ولد[١].

لأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وهو أنَّه وإن أطلق اسم الولد لكنه يقيد بالحي بدلالته؛ لأنَّ قوله: (هو حرٌّ)، إثبات حرية فيه/ ، والميت لا يقبلها، فتقيد بأول ولد حي، والثاني ولد حي، فيعتق. (١٦١/ ب)

[دلالة الأول والآخر في الكلام]

ولو قال: أول عبدٍ أشتريه فهو حرٌّ، فاشترى عبدًا، عتق[٢]؛ لأنَّه أوَّل عبد؛ لما بيَّنا أنَّ الأول اسمٌ لفردٍ سابق.

ولو اشترى عبدين ثم عبدًا، لا يعتق واحد منهما[٣]؛ لأنَّ العبدين وإن اتصف كلُّ واحدٍ منهما بالسبق، لكن لم يتصف بالفردية، فلم يتناوله اسم الأول؛ لما بيَّنا أنَّ الأول اسمٌ لفردٍ سابق لا يشاركه فيه غيره من جنسه، ولم يوجد، والثالث وإن اتصف بالفردية، لكن لم يتصف بالسبق، فلم يتناوله اسم الأول.

ولو قال: أول عبد اشتريه وحده فهو حرٌّ، فاشترى عبدين ثم عبدًا، عتق الثالث؛ لأنَّ شرط العتق أول عبد يفرد بشرائه، وهذا أول عبد أفرد بالشراء، فعتق لوجود شرطه[٤].

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦٦)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٦٣)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٣١).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦٧)، المبسوط (٧/ ١٢٥)، بدائع الصنائع (٤/ ٨٦)، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر (٢/ ١٧٥).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦٧)، بدائع الصنائع (٣/ ٧٢)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٢٢)، المحيط البرهاني (٤/ ١٦).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦٧)، الفروق للكرابيسي (١،٢٤٢)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٣٢).

ولو قال: آخر عبد أشتريه فهو حرٌّ، فاشترى عبدًا ثم عبدًا، عتق الثاني يوم اشتراه عند أبي حنفية، حتى يعتبر من جميع ماله؟

وعند صاحبيه: يعتق حين مات، حتى يعتبر عتقه من ثلث ماله؛ لأنَّ الآخر: اسم لفرد لاحق لا يشاركه فيه غيره من جنسه، وإنما يتصف بهذا الوصف عند الموت؛ لأنه ما لم يمت يتوهم شراء آخر، فلا يصير هذا آخرًا، فإذا مات حينئذ يتصف بالآخرية، لأنّا تيقنًّا أنَّه لا يشتري بعده.[1]

لأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وهو أن الآخر اسم لفرد سابق، لا يشاركه فيه غيره من جنسه، وقد اتصف به حين اشترى، لكن إذا اشترى بعد ذلك مثلاً، يبطل هذا الوصف، أمَّا إذا لم يشتر حتى مات، لا يبطل وظهر أنه كان آخرًا.

ولئن سلمنا: أنه لا يتصف به إلا عند الموت، لكنه غير مصرح به في الشرط، فلا يعتبر منه؛ كمن آلى من امرأته، فمضت أربعة أشهر من حين آلى، فقال: كنت قربتها في الأربعة، لم يقبل قوله، وإن كان منكرًا لشرط الطلاق؛ لأنَّ شرط وقوع الطلاق عليها عدم قربانها في الأربعة، لكن لمَّا لم يكن مصرحًا به، لم يكن شرطًا، حتى إنه لو صرح به، وقال: إن لم أقربك أربعة أشهر، فأنتِ طالق بائن، فقال بعدما مضت أربعة أشهرٍ: كنت قربتها، فالقول قوله مع يمينه.

(١) تنظر المسألة بتفصيلاتها في: المبسوط (٧/ ١٠٠)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (٣٦٣)، بدائع الصنائع (٤/ ٧٢)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٩٢)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٣٢).

[دلالة البشارة]

ولو قال: كل عبد بشرني بكذا فهو حرٌّ، فبشره ثلاثة منهم به متفرقين، عتق الأول[١]؛ لأنَّ البشارة: اسم لخبر تتغير به بشرة الوجه[٢] من فرح، أو تَرَحٍ[٣]. لكن غلب استعماله لخبر تتغير به بشرة الوجه من فرح وسرور، وهذا قد وجد من الأول دون غيره. ولو بشروه معًا، عتقوا؛ لأنَّ البشارة تحققت من الكل، قال تعالى: ﴿وَبَشَّرُوهُ بِغُلَٰمٍ عَلِيمٍ﴾[٤].

[سقوط الكفارة بشراء من يعتق]

ولو قال: إن اشتريت عبدًا فهو حرٌّ، فاشتراه ناويًا عن كفَّارة يمينه، يعتق، ولا يجزئه عن التكفير؛ لما بينّا أنَّ الواجب فيه التحرير بنية التكفير[٥]، / والتحرير وإن وجد لكنه بلفظ سابق على الشراء، فلم تقارنه بالنية، فلا يخرج عن العهدة. (١٦٢/أ)

ولو اشترى أباه ناويًا عن كفارة يمينه أجزأه؛ لأنَّ شراء الأب تحرير، وقد قارنته بنية التكفير[٦]،وعند الشافعي: لا يجزئه[٧]؛ لأنَّ شراءه ليس بإعتاق لا حقيقة ولا مجازًا، أمّا حقيقة: فظاهر، فإنَّ الشراء وضع لإثبات الملك والعتق

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦٨)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٣٢)، النهر الفائق شرح كنز الدقائق (٣/ ٩٦).

(٢) ينظر التعريف في: فتح القدير (٥/ ١٦٥).؛ التعريفات (١/ ٤٥).

(٣) الترح لغة: ضد الفرح. ينظر: مقاييس اللغة (١/ ٣٤٧).

(٤) سورة الذاريات: جزء من الآية: (٢٨).

(٥) ينظر ما ذكره في بداية الباب ص(١٧٠).

(٦) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦٨).الفروق للكرابيسي (١/ ١٩٩)، المبسوط (٢/ ٢٧٥)، بدائع الصنائع (٤/ ٤٧)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٦٨)، كشف الأسرار (٣/ ٥٦٦).

(٧) وهو قول الشافعية على الصحيح، ووافقه من فقهاء الحنفية الإمام زُفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ وهو القياس عند الحنفية؛ لأنَّ العتق مستحق بجهة القرابة، فلا يجوز صرفها إلى الكفارة. ينظر: الأم، للشافعي (٧/ ٦٨)، الحاوي الكبير، للماوردي (١٠/ ٤٧٦)، تخريج الفروع على الأصول (١/ ٣٥٤)،روضة الطالبين، للنووي (٨/ ٢٨٧)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، لأحمد بن محمد الهيتمي (٨/ ١٩٣).

لإزالته، فكان بينهما تضاد، وكذا مجازًا، فإن من شرطه المشابهة، ولا مشابهة بين الإثبات والإزالة[(١)].

ولنا: أنَّه[(٢)] إعتاق حقيقةً شرعية، فإنَّ الشرع سمّاه إعتاقًا، بقوله: «لن يجزي ولدٌ والده، إلا أن يجده مملوكًا، فيشتريه فيعتقه»[(٣)]. أجزأ به معتق بالشراء[(٤)].

ولو قال لأم أم الولد له -أي: أم ولد استولدها بملك النكاح لا بملك اليمين- إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني، فاشتراها، تعتق ولا يجزيه عن التكفير؛ لأنَّ الموجود تحرير قاصر، والواجب في الكفارة تحرير كامل، والقاصر لا ينوب عنه[(٥)].

[سقوط الكفارة بشراء مستولدة]

ولو قال لأمه: إن اشتريتك فأنتِ حرة عن كفارة يميني، فاشتراها، تعتق وتجزئ عن التكفير[(٦)]؛ لأنَّ إعتاقها إعتاق كامل، بخلاف إعتاق أم الولد؛ لأن سبب حريتها منعقد بخلاف هذه.

---

(١) ذلك لأن الشراء تملك، والإعتاق إزالة، وبينهما تضاد. ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٠٠)، البناية شرح الداية (٦/ ٢١٥).

(٢) أي: شراء القريب.

(٣) الحديث أخرجه مسلم، في صحيحه، كتاب العتق، باب: فضل عتق الوالد (٢/ ١١٤٨ ح ١٥١٠)، من حديث أَبِي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إلا أنه قال: (لا يجزي) بدل (لن يجزي).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦٨)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٦٤)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٩٨).

(٥) أي: أن حريتها مستحقة بالاستيلاد، فلا تضاف إلى اليمين من كل وجه؛ لأن الموجب باليمين ما يستحق حريتها من كل وجه؛ والْواجب بالحنث في اليمين وغيره من الْكَفَّارات إعْتَاقٌ من كُلِّ وَجْهٍ. ينظر المسألة- مع تعليلاتها- في: شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٦٤)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٣٣).

(٦) ينظر: النافع الكبير شرح الجامع الصغير (١/ ٢٦٨)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٦٤).

ولو قال: إن تسريّت جارية، فهي حرة، فتسرَّى جاريةً كانت في ملكه، عتقت لوجود شرطه، وإن اشترى جارية، فتسرّاها، لم تعتق[١].

وقال زُفر: تعتق؛ لأن التسرّي لا صحة له بدون الملك، فصار سبب الملك مذكورًا مقتضاه سابقًا عليه، فيصير كأنّه قال: إن اشتريت جارية وتسرّيتها، فهي حرة.

ولنا: أنَّ هذه يمين بالعتق، ولم توجد في الملك ولا مضافًا إلى الملك، ولا إلى سببه، فلا يصح، أما عدم وجودها في الملك، فظاهر؛ لأنَّ الجارية لم تكن في ملكه يوم حلف وكذا الإضافة؛ لأن المذكور التسرّي.

والتسرّي: عبارة عن التحصين والمنع عن الخروج، عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف عنهما، وعن طلب الولد[٢]، وأيًا ما كان فليس بسبب الملك. قوله: لا صحة للتسرّي بدونه فيثبت مقتضاه ضرورة صحته[٣].

قلنا: هب كان كذلك الثابت بطريق الاقتضاء ثابت بطريق الضرورة، فيظهر في حق التسرّي ولا يظهر في حق صحة تعلق الجزاء به[٤]؛ كمن قال لأجنبية: إن طلقتك واحدة، فأنت طالق ثلاثًا، فتزوجها وطلقها واحدة دون الثلاث[٥]؛ لأنَّ التزوج ثبت مقتضى صحة تطليق الواحدة، فظهر في حقه دون الثلاث المعلق بها، كذا هذا.

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦٨)، مختصر الطحاوي (١/ ٣١٥). المبسوط (٧/ ١٠١)؛ شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٩٩)، بدائع الصنائع (٤/ ٦٩).

(٢) ينظر: التعريفات (١/ ٥٨)، معجم لغة الفقهاء (١/ ١٣٠).

(٣) أي: قول زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ السابق.

(٤) أي: الحرية.

(٥) أي: فلا تطلق ثلاثة؛ لأن ملك النكاح ثبت اقتضاء ضرورة صحة الشرط، فلم يظهر في حق صحة الجزاء. ينظر: البناية شرح الهداية (٦/ ٢١٨).

باب اليمين في البيع والشراء

الأصل فيه: / (١٦٢/ب)

وهو أنَّ شرط العتق متى وجد في ملكه تنحل إلى جزاء[١]، وما لا فلا[٢]. وإنَّ الشَّرط متى كان فعلاً تجري فيه النيابة؛ كالبيع والشراء، إذا دخلت اللام على الفعل، كان الشرط أن يفعله بأمره، سواء كان في ملكه أو في غير ملكه. وإن دخلت اللام على العين، فالشَّرط فعله في عين هي ملكه، سواء أمر أم لا علم به أم لا؛ لأنَّ واحدًا منهما قابل للملك، فتعارضا فرجحّنا ما دخل عليه اللام. وإن كان فعلاً لا تجري فيه النيابة؛ كذبح الشَّاة، فالشَّرط أن يفعله في ملكه، سواء دخلت اللام على الفعل، أو علي العين؛ لأنَّ الفعل لا يقبل الملك، والعين تقبله فتعين ذلك سواء دخلت اللام عليه أم لا واللفظ يحتمله؛ لأنَّه لو عنى به ذلك فيما يجري فيه النِّيابة، يصدق وإن دخلت اللام على الفعل[٣].

فإذا عرف هذا نقول:

[دخول اللام على فعل يقع عن غيره]

قال: رجل قال: إن بعت لك ثوباً فامرأته طالق، فدسَّ المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه الحالف ولم يعلم به، لا يحنث[٤]؛ لأنَّ البيع تجري فيه

---

(١) أي: تبطل اليمين ويترتب عليه الجزاء. ينظر: درر الحكام (١/ ٣٧٧).

(٢) ينظر هذا الضابط في: بدائع الصنائع (٣/ ١٢٦)، درر الحكام (١/ ٣٧٧)، البحر الرائق (٤/ ٢٣).

(٣) من القواعد الفقهية عند الفقهاء: (قاعدة:ما تصح فيه النيابة وما لا تصح النيابة فيه). ينظر الفروق للقرافي (٣/ ١٨٥)، تبيين الحقائق (٣/ ١٥٠)، مجمع الأنهر (١/ ٥٦٧)، فتح القدير، (٥/ ١٧٦)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٨١٩). القواعد والضوابط الفقهية، لعبد الرحمن بن صالح (١/ ٤٧٥).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦٨)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٦٥)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٣٤)، تبيين الحقائق (٣/ ١٤٩).

النيابة، وقد دخلت اللام على الفعل، فصار الشرط فعله بأمره ولم يوجد الأمر، فلم يوجد الشرط. ولو قال: إن بعت ثوبًا لك والمسألة بحالها، يحنث؛ لأنَّ اللام دخلت على العين، فصار الشرط فعله في ثوب مملوك له، وقد وجد. وعلى هذا إذا قال: إن خطت لك ثوبًا أو صنعت لك ثوبًا أو بنيت لك دارًا، ففعل بغير أمره، لم يحنث، وإن فعل بأمره، يحنث؛ لما بينًّا[١].

ولو قال: إن خطت ثوبًا لك، أو بنيت دارًا لك، أو أجرت عبدًا لك، فإن فعله في محل مملوك له، حنث سواء فعله بأمره، أو بغير أمره، علم به أم لا، وإن فعله في محل غير مملوك له، لا يحنث؛ لما ذكرنا.

ولو قال: إن ذبحت لك شاةً، أو ذبحت شاةً لك، فذبح شاةَ مملوكه له، يحنث، وإلا فلا؛ لأنَّ الذبح لا تجري فيه النيابة. [٢]

ولو قال: إن بعت هذا العبد، فهو حرٌّ، فباعه على أنَّه بالخيار، عتق؛ لأنَّ شرطه وهو البيع وجد في ملكه؛ لأنَّ شرط الخيار للبائع لا يخرج المبيع عن ملكه. ولو قال: إن اشتريت هذا العبد، فاشتراه على أنَّه بالخيار[٣] ثلاثة أيام، عتق؛ لأنَّ الشرط وجد في ملكه؛ لأن الخيار يسقط مقتضاه سابقاً عليه، كما إذا اشترى عبداً على أنه بالخيار ثم أعتقه في مدة الخيار، يعتق، ويسقط الخيار، كذا هذا[٤].

---

(١) ينظر ما ذكره في بداية الباب.

(٢) تنظر المسألة- مع تعليلاتها- في: الجامع الصغير (١/ ٢٦٨) شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٦٦)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ١٠٢)، تبيين الحقائق (٣/ ١٤٩)؛البحر الرائق (٤/ ٣٨١).

(٣) أي: المشتري.

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦٨) شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٦٦)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ١٠٢).

[تعليق الإعتاق على البيع]

ولو قال: إن لم أبع هذا العبد، أو هذه الأمة، فهو حرٌّ، فدبرهما، عتقا[(١)]؛ لأن شرط العتق قد وجد، وهو عدم البيع؛ لأن العدم يتحقق بالعجز، وقد تحقق بالتدبير؛ لأن بيع المدبر، لا يجوز[(٢)]، فأشبه موته[(٣)] قبل البيع.

ولا يقال: العجز لم يتحقق في الأمة / ، (١٦٣/أ) كجواز أن ترتدَّ وتلحق بدار الحرب ثم تسبى ويَتَسَرَّاها؛ لأنَّ الملك القائم تعين للجزاء وأنه لا يصلح للبيع أصلاً بتحقق العجز.

* * *

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٦٨)، تحفة الفقهاء (٢/ ٢٧٨)، بدائع الصنائع (٤/ ١٢٠)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٦١).

(٢) وهو المذهب عند الحنفية. قال الطحاوي في مختصر اختلاف الفقهاء (٣/ ١٨٣): «قَال أَصْحابنا لَا يجوز بيع الْمُدبر».

(٣) أي: موت الحالف.

باب اليمين في الحجِّ

الأصل فيه: أنَّ الحقيقة تترك بالعرف[(١)]. وأنَّ الشهادة القائمة على النفي لا تقبل[(٢)].

فإذا عرف هذا نقول:

[قال وهو في الكعبة: عليَّ المشي إلى بيت الله]

قال: رجل قال - وهو في الكعبة-: عليَّ المشي إلى بيت الله، أو إلى الكعبة: فعليه حجةٌ أو عمرةٌ ماشيًا، وإن شاء ركب وأراق دمًا.

ولو قال: عليَّ الخروج إلى الحرم، أو الذهاب أو إلى الصفا، أو إلى المروة، ليس عليه شيء[(٣)]؛ لأنَّ التزام المشي والخروج بالنذر لا يصح؛ لأنَّ النَّذر إنما يصح بقربة مقصودةٍ، والمشي والخروج ليس بقربةٍ مقصودةٍ، فلا يصح التزامه بالنذر؛ كالوضوء، إلا أنا عدلنا عن هذا العمرة بقوله: عليَّ المشي إلى بيت الله أو الكعبة، وكذا إلى مكة ذكره في (النوادر)، ولم يتعارفوه بلفظة الخروج والذهاب، فبقي على الأصل.

وقال أبو يوسف ومحمد[(٤)] في قوله: عليَّ المشي إلى الحرم: يجب عليه حجةٌ أو عمرةٌ ماشيًا، وكذلك في قوله: عليَّ المشي إلى المسجد الحرام؛ لأنَّ

---

(١) قاعدة سبق بيانها.

(٢) قاعدة فقهية واردة بلفظها في كتب الفقه وقواعده. ينظر: المحصول للرازي (١/ ٣٨٠)، المبسوط (٩/ ٨٤)، المحيط البرهاني (٨/ ٣٦١).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٧١)، مختصر الطحاوي (١/ ٣١٦)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٦٦)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٢٣).

(٤) ينظر: النافع الكبير شرح الجامع الصغير (١/ ٢٧٠)، مختصر الطحاوي (١/ ٣١٤)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٣٥)، العناية شرح الهداية (٥/ ١٨١).

الحرم يشمل البيت وغيره، فكذا المسجد الحرام، فصار بمعنى قوله: المشي إلى بيت الله، بخلاف الخروج إلى الصفا والمروة؛ لأنهما منفصلان عنه، فلا يكونان بمعناه(١).

ولأبي حنيفة: ما بينّا أنَّ الأصل لا يصح النذر بهذه الألفاظ؛ إلا أنا عدلنا عنه(٢) في التزام المشي إلى بيت الله، أو إلى الكعبة بالعرف، ولا عرف في غير ذلك، فبقي على الأصل.

[الشهادة بعدم الحج لمن علق عتق عبده به]

رجل قال: إن لم أَحُجَّ العام، فعبده حرٌّ، ثمَّ قال: حججت، فشهد شاهدان على أنه ضحَّى بالكوفة في هذا العام، لا يعتق عبده عند أبي حنيفة، وأبي يوسف، رَحِمَهُمَاٱللَّهُ(٣)، وقال محمد: يعتق؛ لأنَّ الشهادة قامت على أمرٍ معلوم(٤) من ضرورة عدم الحجِّ في تلك السَّنة، فيعتق العبد لوجود شرطه، وهو عدم الحج.

ولنا: أنَّ الشهادة قامت على النَّفي، فلا تقبل، كما إذا شهدا على أنه لم يحج في هذا العام.

وبيانه: وهو أنَّ الشهادة قامت على التَّضحية، وأنها باطلةٌ؛ لأنَّ التَّضحيةَ ليست بحق له مطالب من جهة العباد، فلا تسمع عليها البينة، فبقيت الشهادة على مجرد نفي الحج، فلا تقبل(٥).

---

(١) الأظهر: أن سبب الخلاف بين أبي حنيفة، وصاحبيه في هذا اللفظ اختلاف العرف في كل عصر كما صرح الشارح رَحِمَهُٱللَّهُ بذلك، ففي عصر أبي حنيفة، لا يعتبر هذا اللفظ لإيجاب الحج والعمرة ولا يمكن إيجابه باعتبار حقيقة اللفظ، وفي عصرهما يعتبر ذلك. ينظر ما سبق من المصادر السابقة.

(٢) أي: بترك القياس بالعرف. ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ١٠٤).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٧١)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٦٦)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٠٥).

(٤) وهو التضحية بالكوفة.

(٥) ينظر: النافع الكبير شرح الجامع الصغير (١/ ٢٧٠).

فإن قيل[١]: إنما لا تقبل[٢] إذا لم يحط الشاهد علمًا به[٣]، أما إذا أحاط فلا، فإنه ذكر في (السير الكبير)[٤] مسألة يدلُّ عليه، وهو أن المسلم / (١٦٣/ب إذا قال: المسيح ابن الله، وشهد اثنان على أنه لم يصِل به بقوله النصراني، وقال القائل: أنا وصلته به، تقبل شهادتهما وتبين امرأته، وإن قامت الشهادة على النفي.

قلنا: الأصل في الشهادة على النفي أن لا تقبل، وفي التميز بين ما يحاط به العلم، وبين ما لا يحاط عسر، فسقط التكليف به.

وفي مسائل (السير الكبير): قامت الشهادة على إثبات السكوت، وأنه أمر مشاهد[٥].

❊ ❊ ❊

---

(١) هذا اعتراض من صدر الشريعة على حجة أبي حنيفة وأبي يوسف، رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، يظهر منها ترجيحه لقول محمد رَحِمَهُٱللَّهُ وقد رجحه أيضا ابن الهمام الكمال. ينظر: حاشية ابن عابدين (٣/ ٨٢٧).

(٢) أي: الشهادة.

(٣) أي: بالنفي.

(٤) ينظر: شرح السير الكبير للسرخسي (٥/ ٢٢٠).

(٥) ينظر: الحجة على أهل المدينة، للشيباني (٢/ ٣٤٦)، أصول السرخسي (٢/ ٢٢)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٠٦)، المحيط البرهاني (٢/ ٤٨٩).

باب اليمين في اللبس

الأصل فيه: أن الحقيقة تترك بالعرف[١]. **فإذا عرف هذا نقول:**

[قال لامرأته: إن لبست من مغزولك فهو هديٌ]

قال: رجل قال: إن لبست من غزلك[٢]، فهو هديٌ[٣]، فاشترى قطنًا، فغزلته ونسجته ولبسه، فعليه أن يهدي، وقالا[٤]: ليس عليه أن يهدي؛ لأنَّ النَّذر وجد في غير الملك، فلم يصح[٥].

لنا: أنَّ في العادةِ الجاريةِ؛ إنَّما تغزل المرأةُ الثوبَ لزوجها من قطن مملوك له، فانصرف مطلق كلامه إلى المتعارف، فصار كأنَّه قال: إن لبست من غزل غزلتيه من قطن مملوك لي، فهو هدي، ولو صرح به، يلزمه أن يهدي به، فكذا هذا.

[حلف لا يلبس حُليًا فلبس خاتما]

ولو حلف لا يلبس حُلِيًّا، فلبس خاتمًا من فضة، لا يحنث[٦]؛ لأنَّ في العرف لا يسمَّى هذا حُلِيًّا بدليل: إطلاق لبسه للرِّجال، وإن لبس خاتمًا من ذهب، يحنث؛ لأنَّ لبسه محرمٌ على الرِّجال.

وإن لبس خاتمًا بذهبٍ خالصٍ، لكنَّه مما تلبسه النِّساء من فِضَّةٍ أو حجرٍ، قيل: يجب أن يحنث باعتبار العادة، وقيل: لا يحنث، فإن هذه العادة غير معتبرة[٧].

---

(١) سبق بيان القاعدة.

(٢) الغزل: فتل الصوف خيوطًا. والغزلُ: المغزول من القطن، أو الصوف. ينظر: الصحاح (٥/ ١٧٨١).

(٣) الهدي: ما يهدى إلى الحرم من شاةٍ، أو بقرةٍ، أو بعيرٍ، تقربًا إلى الله. ينظر: المغرب (١/ ٥٠٢).

(٤) أي: عند أبي سوسف ومحمد، رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

(٥) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٧١)، خزانة الفقه (١/ ١٥٨)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٦٧).

(٦) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٧١)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٦٧)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ١٠٧).

(٧) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٧١)، المبسوط (٩/ ٣٠)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٦٧).

[حلفت لا تلبس حليًا فلبست اللؤلؤ]

امرأة حلفت لا تلبس حُليًا، فلبست لُؤْلؤًا بلا ذهب، لم تحنث عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه، تحنث[١]؛ لأنَّه حليٌّ، لقوله تعالى: ﴿وَتَسْتَخْرِجُواْ مِنْهُ حِلْيَةً تَلْبَسُونَهَا﴾، والمراد منها: اللآلئ.

ولنا: أن اللؤلؤ لا يسمى حُليًا عرفًا، إلا إذا كان مُرصّعًا بالذّهب أو الفضة، والحقيقة تترك بالعرف[٢].

وعلى قياس قوله في اللُّؤلُؤ إذا لبس ذهبًا أو فضةً قبل الصياغة، لا يحنث، كما في اللُّؤلُؤ، إلاَّ أنَّ الصِّياغة في اللُّؤْلُؤ بالترصيع، بخلاف الذهب والفضة[٣].

ولو علَّقت على عُنُقِها شيئًا من الذهب أو الفضة قبل الصياغة، لم تحنث[٤].
والله أعلم بالصواب.

* * *

(١) وعليه الفتوى. ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٣١٢)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٦٧).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٧٢)، مختصر الطحاوي (١/ ٣١٢)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٦٧).

(٣) جاء في البناية شرح الهداية (٦/ ٢٤٠): «قيل: هذا اختلاف عصر وزمان، لا حجة وبرهان، لأنه لا يتحلى به وحده في زمانه، وفي زمانهما كان يتحلى به وحده».

(٤) ينظر:المحيط البرهاني (٤/ ٣١٦)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ٧١)، البحر الرائق (٤/ ٣٩٢).

باب اليمين في الضرب والكسوة

الأصل فيه: أنَّ الكلام بحقيقته حتى يقوم دليل مجازه[١].

فإذا عرف هذا نقول:

[قال: إن ضربتك، فعبده حر فمات فضربه]

قال: رجل قال: إن ضربتك فعبده حر، فضربه بعد الموت، لا يحنث[٢]؛ لأنَّ شرط حنثه لم يوجد، وهو الضرب؛ لأن الضرب إيلام الحيوان، وأنَّه لا يتحقق في الميت / . (١٦٤/أ)

ولا يلزم على هذا عذاب القبر، فإنَّه إيلام أيضًا؛ لأنَّه عند أهل السُّنة والجماعة تخلق فيه حياة حين يعذب، لكن اختلفوا في أنَّه هل تخلق فيه حياة مطلقة؛ كحياته قبل الموت أو حياة بقدر ما يحس بالألم؟

والصحيح هذا؛ لأن خلق الحياة ضرورة تحقيق معنى العذاب[٣]، والضرورة تندفع بهذا القدر[٤].

---

(١) قاعدة أصولية سبق بيانها في بداية كتاب الأيمان.

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٧٣)، مختصر الطحاوي (١/ ٣١٢)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٦٧)، بدائع الصنائع (٤/ ٦٦).

(٣) ينظر: الفصل في الملل والأهواء والنحل، لابن حزم (٤/ ٥٦)، العقيدة الواسطية، لابن تيمية (١/ ١٣٩)، أصول الدين عند أبي حنيفة، لمحمد بن عبد الرحمن الخميس (١/ ٥٠٣).

(٤) من القواعد الفقهية: (الضرورة تقدر بقدرها). ينظر: المبسوط (٢/ ١٢١)، كشف الأسرار (٢/ ٣٣)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/ ٧٣)، ترتيب اللآلي (٢/ ٨١٠)، مجلة الأحكام العدلية (المادة: ٣١).

[حلف لا يغسل فلانًا، فغسله ميتًا]

ولو حلف لا يُغسِّلُ فغسل ميتًا، يحنث[١] لوجود شرط حنثه، وهو الغسل؛ لأنَّ حقيقته تسييل الماء وإزالة الدّرن[٢]، وذلك يتحقق في الميت حسب تحققه في الحي.

[حلف لا يكسوه في الحياة فكساه بعد وفاتُهُ]

ولو حلف لا يكسوه، فهذا على الحياة دون الموت؛ لأنَّ حقيقتها للتَّملِيك، وأنَّه لا يتحقق من الميت، ولهذا إذا تبرع بكفنه على الميت ثم نبش الميت، فالكفن للمتبرع دون الورثة.

ولهذا إذا اختار الكسوة في كفارة اليمين، لا يجزيه إلا التمليك، وفي الإطعام تجزيه الإباحة، وإن عنى بالكسوة التغطية: دين ديانة؛ لأنَّه يحتمل كلامه، وأنه يتحقق في الميت[٣].

[تقييد اليمين بدلالة الحال]

ولو حلف لا يدخل عليه، فهذا على الحياة؛ لأن الدخول حقيقةً وإن كان يتحقق على الميت، لكن يقيد بحالة الحياة بدلالة حاله، فإنه لا يقصد بالدخول إلا لزيارته، والميت لا يزار، وإنما يزار قبره، لقوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «**كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنْ زِيَارَةِ الْقُبُورِ، أَلَا فَزُورُوها**»[٤].

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٧٣)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٦٧)، الهداية شرح البداية (٤/ ٣٦٩).

(٢) الدرن لغة: ما علق باليد، أو الثوب من الوسخ. ينظر: جمهرة اللغة (٢/ ٦٧٥).

(٣) ينظر: شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٦٧)، الهداية شرح البداية (٤/ ٣٦٩)، الجوهرة النيرة (٢/ ٢٠٣).

(٤) الحديث أخرجه مسلم، في صحيحه، كتاب: الجنائز، باب: استئذان النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَزَّوَجَلَّ في زيارة قبر أمه (٢/ ٦٧٢ ح٩٧٧)، من طريق ابن بريدة عن أبيه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. لكن دون زيادة لفظة: (كُنْتُ).

ولو حلف لا يكلمه، فهذا على الحياة دون الموت[1]، فإنَّ التكليمَ وإن كان يتحقق حقيقة، لكن يقيد بدلالة حاله، فإن العاقل لا يقصد بالتكليم إلا الإسماع، والإفهام، لما يتعلق به غرضه.

[حلف لا يضرب امرأته، فمد شعرها، أو خنقها]

ولو حلف لا يضرب امرأته، فمدَّ شعرها، أو خنقها، أو عضها، فآلمها، حنث؛ لأنَّ الضرب إيلامٌ، وقد وجد هذا في حالة الغضب، أما في حالة الملاعبة إذا أصاب رأسه أنفها، فأدماها، أو آلمها، لا يحنث؛ لأنَّه لا يسمى ذلك ضربًا في تلك الحالة[2].

ولو حلف ليقتلن فلانًا وهو يعلم بموته، قد مرت هذه المسألة[3]. والله أعلم بالصواب.

* * *

(١) ينظر: النافع الكبير شرح الجامع الصغير (١/ ٢٧٣)، أصول الشاشي (١/ ١٠٨)، الهداية شرح البداية (٢/ ٢٣٧).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٧٣)، مختصر الطحاوي (١/ ٣١٣)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٦٧).

(٣) ينظر كتاب الأيمان، مسألة: الحلف على المستحيل عقلًا وعادةً (١/ ١٤٤).

باب مسائل شتى متفرقة

[رجل قال: كل مملوك لي فهو حر]

قال: رجل قال: كل مملوك لي فهو حرٌّ، عتق عبيده، ومدبّروه، وأمهات أولاده، ولا يعتق مكاتبوه، ولا عبد عتق بعضه؛ لما مر: أنَّ المطلق لا يتناول القاصر في محل الشرط[(١)]، وفي إضافة المكاتب إليه قصور؛ لأنّه مملوكه ذاتًا، لا يدًا، فلا يدخل[(٢)] إلا بالنّية، ومعتق البعض بمعنى المكاتب عند أبي حنيفة، بخلاف المدبر وأمّ الولد، فإنه لا قصور في الإضافة[(٣)].

[حلف ليقضين فلانا حقه فقضاه بمال معيب]

رجلٌ قال لآخر: إن لم أقضك دراهمك اليوم، فعبده حرٌّ، فباعه بها عبدًا فقبضه المشتري، برَّ في يمينه؛ لأنَّ قضاء الدين لا يكون إلا بالمقاصَّة[(٤)]؛ لأن الدين: عبارةٌ عن دراهم مقدرة / ، (١٦٤/ب) في الذمَّة[(٥)]، وأنَّه لا يتصور قضاه بأداء عينه، وإنَّما يتصور بأداء مثله[(٦)]، فإذا أدى مثله، وجب له على ربِّ الدين مثل ما وجب له عليه، فيتقاصان، والمقاصة وجدت ههنا؛ لأنّه وجب له على ربِّ الدين من الثمن مثل ماكان واجبًا له عليه فتقاصا، ولو وهبه ربُّ الدين لم

---

(١) قاعدة فقهية سبق بيانها.

(٢) أي: المطلق.

(٣) تنظر المسألة-بتعليلاتها- في: الجامع الصغير (١/ ٣٧٦)، أصول الشاشي (١/ ٨٩)، أصول السرخسي (١/ ١٩٧)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٦٨)، بدائع الصنائع (٧/ ٢٣٥).

(٤) المقاصة لغة: أصلها في كلام العرب مقاصصة، وهي مفاعلة، ولا يكون أبداً إلا بين اثنين. المقاصة: طرح كل واحد ما له على الآخر مما عليه له. ينظر: لسان العرب (٧/ ٧٦).

(٥) ينظر: معجم لغة الفقهاء (١/ ٢١٢).

(٦) هذه القاعدة من القواعد التي يكثُرُ ورودها في كثير من كتب الفقه الحنفي وقواعد، والتي يعبر عنها بقولهم: (الديون تقضى بأمثالها). ينظر: المبسوط (١٩/ ٧٠)، شرح التلويح على الوضيح (١/ ٣٩٣)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/ ٢٢٥)، ترتيب اللآلي (٢/ ٧٠٦).

يبرَّ؛ لأنَّ الهبة إبراء، وأنه ضد الأداء[١].

ولو قضاه من جنسه زُيوفًا[٢] أو نَبَهْرجَةً[٣]، برَّ؛ لأنَّ الزُّيوف والنَّبهرجَة من جنس الدّراهم، ولهذا لو تجوّز بها، جاز وبرئ من الدين، وإن ردّه انتقض القضاء في حق حُكمٍ يَقبلُ الانتقاض، والبِر لا يقبل الانتقاض، فبقي بارًّا في يمينه، ولو قضاه سُتُّوقًا[٤] أو رصاصًا، لا يبر؛ لأنَّه ليس من جنس حقه[٥].

[الأعمال التي يحنث بها باشرها بنفسه أو وكيله]

ولو حلف لا يطلِّقُ، ولا يُعتِقُ، ولا يتزوج، فأمر غيره بذلك ففعل، يحنث. ولو نوى أن لا يتكلَّم بنفسه، لا يُدَيَّنُ قضاءً خاصة[٦].

ولو حلف لا يضرب غلامه، ولا يذبح شاته، فأمر به غيره، وقال: عنيْتُ به أن لا آلى بنفسي، ديّن قضاء وديانةً[٧]؛ لأنَّ الطَّلاق، أو العِتاق، أو النكاح، تصرّفٌ شرعيٌّ، وحقيقة كلامه يترتَّب عليه حكمه، وبحقيقته يتناول فعله بنفسه، وفعل

(١) قال قاضي خان في شرحه للجامع (١/ ١١٢): «لأن هبة الدين إسقاط، فلم يكن قضاء، ولأن قضاء الدين فعل المديون، وهبة الدين فعل صاحب الدين، فلم يكن قضاء».

(٢) الزُّيُوفُ لغة: جمع زَيْف بتسكين الياء: وهي الدراهم الرديئة التي يردها بيت المال ولا يقبلها لعلة فيها، وهي التي فاتت منها صفة الجودة ولم تخرج من اسم الدرهم. ينظر: طلبة الطلبة (١/ ١٠٩)، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (٢/ ٢٢٠).

(٣) النبهرجة لغة: الدِّرهم الذي لا يباع به؛ لرداءة فضته. وهو فارسي معرب، وفارسيته (نبهرة)، وأصل معناه: لا حصة، ولا نصيب. ينظر: المغرب (١/ ٢١٥)، التعريفات (١/ ٢٣٩).

(٤) السَّتُّوقُ لغة- بِفَتْحِ السِّينِ وَضَمِّهَا مُشَدَّدَةَ التَّاءِ- لفظ معرب واحدها ستوقة: دراهم مغشوشة غلبت فيها المعادن الرخيصة على النفيسة، وقد تطلى بالفضة. ينظر: المغرب (١/ ٢١٧).

(٥) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٧٤)، مختصر القدوري (١/ ٢١٣)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٦٨)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٥).

(٦) ينظر: الجامع الصغير ١/ ٢٧٤)، مختصر الطحاوي (١/ ٣٠٨)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٦٩)، بدائع الصنائع (٣/ ٨٢).

(٧) ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٣٠٨)، المبسوط (٩/ ٩)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٦٩)، بدائع الصنائع (٣/ ٨٣) و (٤/ ٧٤).

غيره بأمره، فإذا نوى أن لا يتكلم به نفسه، فقد نوى تخصيص العام، وأنه خلاف الظَّاهر[١]، فديِّن فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنَّه يحتمل كلامه، ولا يدين في القضاء؛ لأنَّه خلاف الظَّاهر، بخلاف الضرب والذبح، فإنَّه فعلٌ حقيقيٌّ يتأثر به المحل حقيقة، وإنَّما يضاف الفعل إليه مجازًا إذا كان بأمره على معنى أنه ينسب إليه، فإذا نوى أن لا يلِيَ بنفسه، فقد نوى حقيقة كلامه، فيديَّن قضاءً وديانةً.

[حلف أن يهب عبده لفلان فوهبه، ولم يقبل الموهوب له]

ولو حلف لا يهب فلم يقبل الموهوب له، يحنث في يمينه؛ لأنَّ الهبة تبرع[٢]، وتمامها بالمتبرع[٣]، والقبول والقبض شرطٌ، والهبة بإطلاقها: تتناول الهبة، دون الشرط، أو الهبة المطلقة، دون الهبة المقيدة للملك.

[حلف لا يصوم، فصام ساعة، ثم أفطر]

ولو حلف لا يصوم، فكمَا[٤] شرع في الصوم، حنث؛ لأنَّ شرط حنثه فعل الصوم، وقد وجد؛ لأنَّه عبارة: عن إمساك مطلق[٥].

ولو حلف لا يصوم يومًا، أو لا يصوم صومًا، لا يحنث؛ حتى يتمَّ الصوم إلى اللَّيل؛ لأنَّه ينصرف إلى الصوم الكامل شرعًا[٦].

---

(١) سبق التفصيل بقاعدة: تخصيص العام بالنية، في بداية كتاب الأيمان.

(٢) من الضوابط الفقهية عند الحنفية: (أن الهبة تبرع). ينظر: المبسوط (١/ ١٠)، تحفة الفقهاء (٣/ ١٥٦)، بدائع الصنائع (٦/ ١٢٧).

(٣) المعنى: أن الهبة تمليك من جانب واحد، وقد وجد، وهو المذهب عند الحنفية، خلافًا لزفر رَحِمَهُ اللَّهُ فإنه لا يحنث. ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٧٥)، خزانة الفقه (١/ ١٦٠)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٦٩).

(٤) ينظر بدائع الصنائع (١/ ٢٩١).

(٥) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٧٥)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٦٩)، تحفة الفقهاء (٢/ ٣٢٧).

(٦) ينظر المصادر السابقة.

ولو حلف لا يصلّي، فكبّر وقام وقرأ وركع، لا يحنث[1]؛ لأنَّ شرط حنثه فعل الصلاة، وأنَّه لا يتمُّ ما لم يقيد الركعة بالسجدة، حتى إنه لو قيَّدها بالسجَّدة، حنث، بخلاف ما إذا حلف لا يصلي، حيث لا يحنث، حتى يصليَ ركعتين[2].

ولو قال: إن كان لي إلّا مائة درهم، أو سوى مائة درهم، أو غير مائة درهم، وفي ملكه خمسون درهمًا، لا يحنث؛ لأنَّ المقصد منه نفي الزيادة على المائة[3]. (١٦٥/أ)

[حلف لا يشمُّ الريحان فشم وردا]

ولو حلف لا يَشمُّ ريحانًا[4]، فشمَّ وردًا، أو ياسمينًا، / لا يحنث[5]؛ لأنَّ الريحان اسم: لبقل طيب الرائحة، لا ساق له، والياسمين والورد لهما ساق[6].

ولو حلف لا يشتري بنفْسجًا، فهو على دهنه، ولو حلف لا يشتري وردًا، فهو على ورقه؛ لأنَّه في العرف ينصرف إليه[7].

[امرأة قالت لزوجها: تزوجت علي، فقال: كل امرأة لي طالق]

ولو قالت امرأةٌ لزوجها: تزوجت عليَّ، فقال: كلُّ امرأة لي طالق ثلاثًا، طلقت هذه في قول أبي حنيفة ومحمد[8].

---

(١) القياس عند الحنفية: يحنث؛ لأنَّ شرط حنثه فعل يكون به مصليًا، وقد حصل ذلك بالتكبير. ينظر: الهداية شرح البداية (٢/ ٣٣٥).

(٢) ينظر الفرق بين المسألتين عند الكاساني رَحِمَهُ ٱللَّهُ في بدائع الصنائع (٣/ ٨٤).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٧٥)، مختصر الطحاوي (١/ ٣١٧)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٣٨)، البناية شرح الهداية (٦/ ٢٥١).

(٤) الريحان: له عدة معان: منها: كل ما طاب من النبات. وقيل: غير ذلك. ينظر: تهذيب اللغة (٥/ ١٤٢)، المغرب (١/ ٢٠١).

(٥) ينظر: خزانة الفقه (١/ ١٦١).

(٦) ينظر: تهذيب اللغة (٥/ ١٤٢)، المغرب (١/ ٢٠١).

(٧) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٧٥)، شرح مختصر الطحاوي (٧/ ٤٨١)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧٠).

(٨) حكي من بعض المتأخرين: أنّه ينبغي أن يحكم الحال في هذا، فإن كان قد جرى بينهما قبل ذلك مشاجرة وخصومة، فدلَّ على أنَّ ذلك أغضب الزوج، وأنّ الزوج قد قال ذلك على=

وقال أبو يوسف: لا تطلق[١]؛ لأنَّ كلامه خرج جوابًا لقولها، فانصرف إلى غيرها.

ولنا: أنَّه زاد على حرف الجواب؛ لأنَّه كان يكفيه في الجواب أن يقول: إن تزوجت، فهي طالق، فصار مبتدئا لا مُجِيبًا، فيجب العمل بعموم كلامه، وبعمومه يتناول هذه. [٢] فإن قال: عنيْتُ به غيرها، ديّن؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه[٣]. والله أعلم.

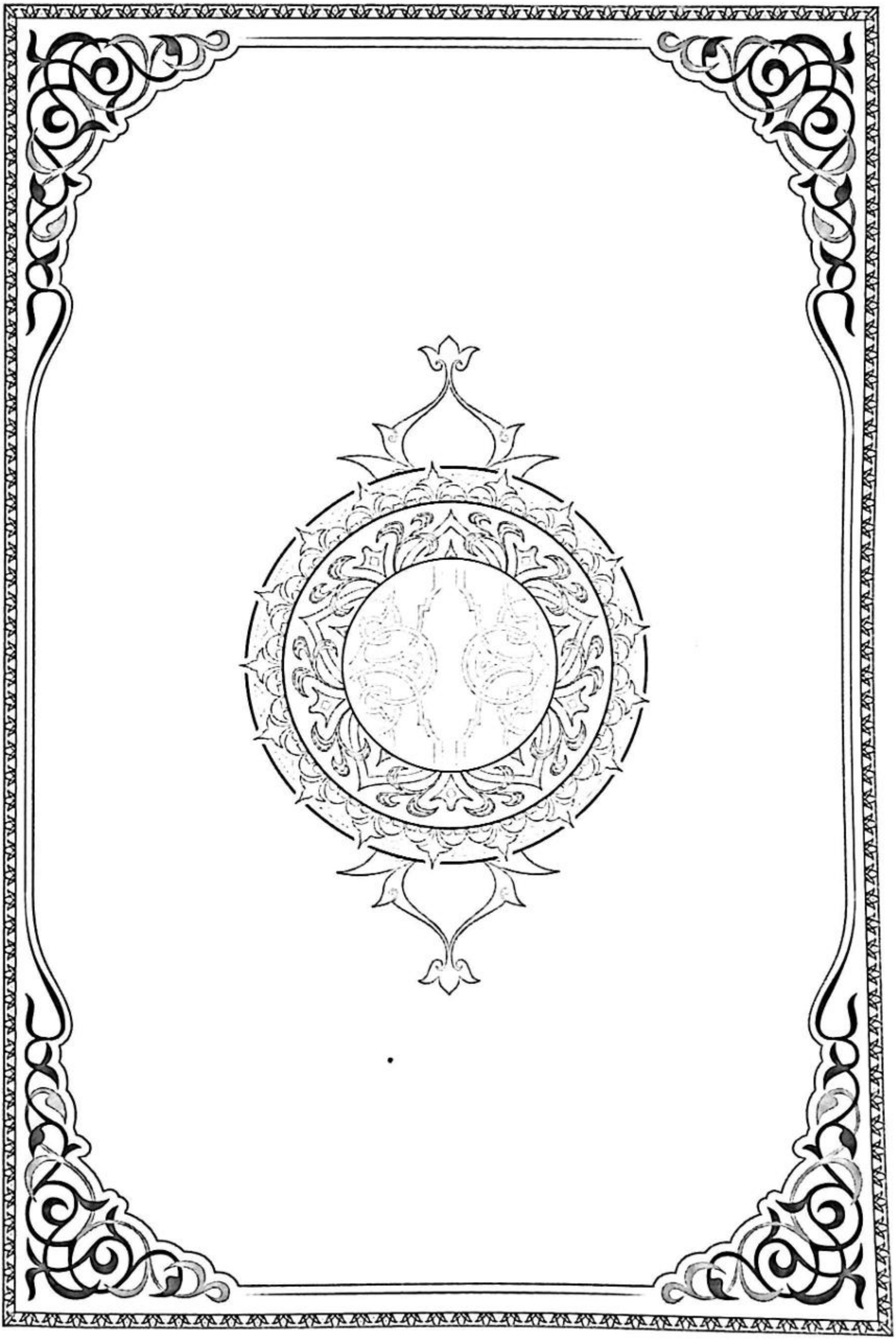
= سبيل الغضب، يقع الطلاق عليها، وإن لم يجر بينهما قبل ذلك خصومة ومشاجرة تدلّ على أن ذلك أغضب الزوج لا يقع الطلاق عليها، قال شمس الأئمة السرخسي رَحِمَهُ ٱللَّهُ وهذا القول حسن عندي. ينظر:الامع الصغير (١/ ٢٧٥)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٢٤)، المحيط البرهاني (٣/ ٤٠٣)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ٤٠).

(١) قال القاضي خان في شرحه للجامع (١/ ١٢٠): «وبه أخذ مشايخُنا؛ لأن غرض الحالف تطييب قلبها، فينصرف الطلاق إلى غيرها».

(٢) ينظر:أصول البزدوي (١/ ١٣٠)، أصول السرخسي (١/ ٢٧٢)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٣٤)، غمز عيون البصائر (١/ ١٦٥).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٧٥)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٧٠)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/ ٤٠).

كتاب الحدود



باب الحدود

[تعريف الحد]

الحدّ في اللغة: عبارةٌ عن المنع(١).

قال الشَّاعر(٢):

إِلَّا سُلَيْمَانَ إِذْ قَالَ المَلِيكُ لَهُ ... قُمْ فِي البَرِيَّةِ فَاحْدُدْهَا عَنِ الْفَنَدِ

أي: امنعها.

وفي العرف الشرعي: عبارةٌ عن عقوبةٍ مقدَّرةٍ شرعًا، مانعةً للجناةِ عن الجنايات، تستوفي حقًّا لله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ(٣).

ولا يلزم على هذا القِصاص، فإنَّه لا يسمَّى حدًّا، مع أنَّه عقوبة مانعة، لأنَّه يستوفي حقًّا للعبد، وكذا التَّعزِير لا يسمَّى حدًّا، وإن كان عقوبة مانعة؛ لأنَّها غير مقدَّرة؛ لأنَّه يختلف باختلاف حال من يعزَّر.

---

(١) ينظر: مجمل اللغة (١/ ٢١٠)، لسان العرب (٣/ ١٤٠).

(٢) هو النابغة الذبياني: زياد بن معاوية، ويكنى أبا أمامة، ويقال: أبو ثمامة، وأهل الحجاز يفضلون النابغة وزهيرًا، وهو شاعر جاهلي، عده ابن سلام من شعراء الطبقة الأولى في الجاهليين.
وورد هذا البيت في قصيدة له يمدح بها النعمان بن المنذر يقول في مطلعها:

يَا دَارَ مَيَّةَ بِالْعَلْيَاءِ فَالسَّنَدِ ... أَقْوَتْ وَطَالَ عَلَيْهَا سَالِفُ الْأَبَدِ

وَقَفْتُ بِهَا أصيلاً كَي أُسَائِلَهَا ... عيَّتْ جوابًا وَمَا بِالرَّبْعِ مِنْ أَحَدِ

إلى أن قال:

وَلَا أَرَى فَاعِلاً فِي النَّاسِ يُشْبِهُهُ ... وَلَا أُحَاشِي مِنَ الْأَقْوَامِ مِنْ أَحَدِ

إِلَّا سُلَيْمَانَ إِذْ قَالَ الْإِلَهُ لَهُ ... قُمْ فِي الْبَرِيَّةِ فَاحْدُدْهَا عَنِ الْفَنَدِ

ينظر: ديوان النابغة الذبياني (١/ ٧٦-٨٢)، طبقات فحول الشعراء، لمحمد سلَّام (١/ ٤٠).

(٣) ينظر: التعريفات (١/ ٨٣)، معجم لغة الفقهاء (١/ ١٧٦).

[الحدود وأنواعها]

والحدود ستَّة: حدُّ الزِّنا، وحدُّ قذف المحصن، وحدُّ شرب الخمر، وحدّ السُّكر من سائر الأشربة، وحدّ السَّرقة، وحدّ قطع الطَّريق.

[حد الزنى نوعان]

فحدُّ الزِّنا يتنوع إلى: حدّ زنا البكْر، وهو جلدُ مائةٍ بالنَّص[١]، ولا يجمع بينه، وبين التَّغريب عندنا[٢]. وعند الشَّافعي: يجمع[٣]؛ لقوله-عليه الصلاة والسلام-: «البكْر بِالبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ، وَتَغْرِيبُ عَام»[٤].

قلنا: هذا منسوخ، بقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾[٥] فإنَّ هذه الآية نزلت بعد هذا الخبر، فإنَّه روي أنَّ أوَّل آية نزلت في الزِّنا، قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي يَأْتِينَ ٱلْفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ فَٱسْتَشْهِدُواْ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ فَإِن شَهِدُواْ فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي ٱلْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّىٰهُنَّ ٱلْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾[٦][٧].

---

(١) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢].

(٢) ينظر: أصول الشاشي (١/ ٢٩)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٦٢)، مختصر القدوري (١/ ١٩٦)، المبسوط (٩/ ٤٤)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٩).

(٣) ينظر: الأم (٧/ ٨٧)، الحاوي الكبير (١٣/ ١٨٧)، تحفة المحتاج (٩/ ١٠٩)، مغنى المحتاج (٥/ ٤٤٨)، نهاية المحتاج، للرملي (٧/ ٤٢٨).

(٤) بهذا اللفظ، أخرجه الطحاوي، في شرح مشكل الآثار، باب: بيان مشكل ما روي عن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (١١/ ٤٤٦ ح٤٥٤٤)، من طريق عبادة بن الصامت رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: قَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "خُذُوا عَنِّي، فَقَدْ جَعَلَ اللهُ لَهُنَّ سَبِيلًا، الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ، وَالثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ جَلْدُ مِائَةٍ وَرَجْمٌ بِالْحِجَارَةِ»، واللفظ له؛ وأخرجه الإمام مسلم، في صحيحه، كتاب: الحدود، باب: حد الزنا (٣/ ١٣١٦ ح١٦٩٠)، بنحوه من طريق عبادة بن الصامت رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، لكن قال: (ونفي سنة) بدلاً من (تغريب عام)، وأخرجه البخاري في الجامع، باب: البكران يجلدان وينفيان (٨/ ١٧١ ح٦٨٣١)، من طريق زيد بن خالد الجهني قال: سمعت النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «يأمر فيمن زنا ولم يحصن، جلد مائة، وتغريب عام».

(٥) سورة النور، الآية: (٢).

(٦) سورة النساء، الآية: (١٥).

(٧) ينظر تفسير الآية الكريمة في: الناسخ والمنسوخ، للنحاس (١/ ٣٠٦)، الناسخ والمنسوخ،=

ثم انتسخت بقوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «خُذُوا عَنِّي، خُذُوا عَنِّي، قَدْ جَعَلَ اللهُ لَهُنَّ سَبِيلاً: البكْر بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ، وَالثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ جَلْدُ مِائَةٍ، وَرَجْمٌ بِالْحِجَارَةِ».

ثم انتسخ هذا بقوله: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي﴾[1] لأنَّه جعل كل موجب الزِّنا جلد مائة؛ لأنَّه جعله جزاء، بدليل أنَّه ذكره بحرف الجزاء، وهو الفاء، والجزاء ما يقع به الكفاية يقال: جازيته أي: كافأته، والمكافأة مفاعلة من كفا يكفي كفاية[2]، والكفاية لا تقع إلا [على] كل الموجب، فإذا ثبت أنه كل موجب الزِّنا، انتفي كون التغريب موجبًا له ضرورة، لكن / خصَّ من هذه الآية زنا المحصن، فبقي زنا البكر داخلاً تحتها، فاسَّتقرتِ الشَّريعةُ على الجلد في الأبكار، والرَّجم في الثيِّب[3]. (١٦٥/ب)

[الجمع بين الجلد مع الرجم في حق الزاني المحصن]

وحدُّ زنا المحصن: الرَّجمُ، ولا يجمع بينه وبين الجلد بالإجماع[4]، فإن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: رجم ماعزًا، ولم يجلد[5].

= للمقري (١/ ٦٨)، الناسخ والمنسوخ في القرآن، لابن حزم (١/ ٣٢).

(١) سورة النساء، جزء من الآية: (١٥).

(٢) ينظر: تهذيب اللغة (١١/ ٩٩)، لسان العرب (١/ ٤٦).

(٣) ينظر: أصول الشاشي (١/ ٣٩)، خزانة الفقه (١/ ٢٧٧)، شرح مختصر الطحاوي (٦/ ١٤٣)، المبسوط (٩/ ٣٩)، خلاصة الدلائل (٢/ ١٨٤).

(٤) ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٦٢)، خزانة الفقه (١/ ٢٨٢)، المبسوط (٩/ ٣٧)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٧).

(٥) قصة ماعز بن مالك رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ وردت عن غير واحد من صحابة رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ومنهم جابر بن عبدالله أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب الرجم بالمصلى (٨/ ١٦٦ ح٦٨٢٠)، ومسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنا (٣/ ١٣١٨ ح١٦٩١)، عن أبي هريرة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ.

والإحصان: عبارة عن أمور ستة: العقل، والبلوغ، والحرِّية، والإسلام عندنا، وجماع المنكوحة نكاحًا صحيحًا في الفرج جماعًا يوجب الغسل، دون الإنزال، وكون كل واحد من الزوجين محصنًا، شرط لصيرورة الآخر محصنًا(١).

[شروط إحصان الرجم]

وحدُّ قذف المحصن: ثمانون جلدةً، ورد شهادته أبـدًا(٢)؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾(٣).

[من حد في قذف سقطت شهادته أبداً]

أراد به القذف بالزِّنا بدلالة قوله: ﴿لَّوۡلَا جَآءُو عَلَيۡهِ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾(٤)، وعدد الأربعة تختص بالشَّهادة على الزنا(٥).

وإحصان القذف: عبارة عن أمور خمسة: العقل، والبلوغ، والحرية والإسلام، والعفَّة عن الزِّنا(٦).

[حد السكر]

وحدُّ شرب الخمر والسّكر من سائر الأشربة، ثمانون جلدةً، وعليه إجماع الأمة(٧).

---

(١) ينظر شروط إحصان الرجم عند الحنفية في: النتف في الفتاوى (٢/ ٦٣٤)، شرح مختصر الطحاوي (٦/ ١٥١)، تحفة الفقهاء (٣/ ١٣٩)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٧)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٤٣).

(٢) ينظر قول المذهب في: مختصر الطحاوي (١/ ٢٦٦)، مختصر القدوري (١/ ٢٠٠)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٧١).

(٣) سورة النور، الآية: (٤).

(٤) سورة النور، الآية: (١٣).

(٥) ينظر تفسير الآية الكريمة في: أحكام القرآن للجصاص (٥/ ١١٠)، الكشاف عن حقائق التنزيل للزمخشري (٣/ ٢٠٩)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ٩٣).

(٦) ينظر شروط إحصان القذف في: تحفة الفقهاء (٣/ ١٤٥)، بدائع الصنائع (٧/ ٤٠)، العناية شرح الهداية (٥/ ٣١٩)، البناية شرح الهداية (٦/ ٢٦٤).

(٧) المراد بالإجماع في هذه المسألة من مقصود الشارح -والله أعلم- إنما هو إقامة الجلد، وأما تقديره فقد وقع الخلاف بعد وفاة النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بين الصحابة- رضوان الله عليهم-.=

[الفرق بين الحد المتقادم بالشهادة وبين المتقادم بالإقرار]

وسبب هذه الحدود ما يضاف إليه؛ لأنَّ الحكم يضاف إلى سببه ويتكرر بتكرره[(١)]، وإنَّما يجب على القاضي إقامة الحدّ إذا ظهر سببه عنده، إمَّا ببيِّنة، أو إقرار.

وقد فتح الكتاب[(٢)] بالشهادة على الزنا، والسرقة، وشرب الخمر، بعد حين، فقال: رجل شهد عليه شهود بالزِّنا، أو السَّرقة، أو شرب الخمربعد حين، لا يحد، ويضمن السَّرقة[(٣)].

وفرقٌ بين الشهادة والإقرار بذلك بعد حين، إلا في شرب الخمر، والأصل فيه: وهو أنَّ الشهادة على هذه الثلاثة بعد تقادم[(٤)] العهد يرد إمَّا على الزِّنا وشرب الخمر، فلتمكن شبهة فيها زائدة يمكن الاحتراز عنها في الجملة؛ لأنه في الابتداء مخيرٌ بين حسبتي الإقامة والستر، فإذا اختار حسبة الإقامة، يجب عليه أن يشهد في الحال؛ لأنَّ الدعوى ليست بشرط سماع البينة على الزِّنا وشرب الخمر، فإذا أخَّر يحمل أمره على أنه إنَّما أخَّر لاختيار حسبة السّتر حتى لا يفسَّق بالتأخير

= ينظر: المبسوط، للسرخسي (٢٤/ ٣٠)، البيان والتحصيل، لابن رشد (١٦/ ٣١٣)، بدائع الصنائع (٧/ ٥٧)، الذخيرة، للقرافي (١٢/ ٢٠٠)، مغنى المحتاج (٥/ ٥١٩).

(١) تنظر هذه القاعدة الأصولية في: أصول السرخسي (١/ ١٠٢)، المستصفى (١/ ٢١٤)، بدائع الصنائع (٣/ ١٩)، روضة الناظر (٢/ ١٤٨)، كشف الأسرار (٢/ ٣٤٥).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٧٧).

(٣) ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٦٤)، تحفة الفقهاء (٣/ ١٩٦)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ١/ ٣٧٠)، بدائع الصنائع (٧/ ٤٦).

(٤) التَّقَادُمُ لغة: «تقادم الشيء»، إذا صار قديمًا. وفي الاصطلاح: هو ما يسمى أيضًا مرور الزمن وهو: انقضاء زمن معين، قلَّ أو كثر على حق في ذمة إنسان، أو على عين لغيره في يده دون أن يطالب صاحبها بهما وهو قادر على المطالبة. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٧٢٠)، مجلة الأحكام العدلية (المادة: ١٦٦٠).

الحرام، فإذا عاد بعد حين فشهد، اتهم أنه إنما يشهد لضغينة حملته على ذلك، وهذه التهُّمة توجب ردَّ الشهادة[١].

وفي الشهادة على السَّرقة، إنَّما تُردُّ لفساد الدعوى؛ لأنَّه لا تهمة في الشهادة؛ لأنَّ الدعوى شرط.

وبيانه وهو: أنَّ المسروقَ منه في الابتداء مخير بين أنْ يدَّعي أخذ المال مطلقًا، ولا يدعي السَّرقة اختيارًا للسّتر وصيانة له عن القطع، ولماله عن سقوط القيمة وبين أنْ يدَّعي السَّرقة اختيار الحسبة للإقامة، فإذا أخر الدعوى حمل على أنه اختار الستر، فإذا عاد بعد حين ادعى، اتهم أنه إنما عاد إلى دعوى السَّرقة لضغينة حملته على ذلك/ ، ففسدت دعوى السَّرقة، فلا تسمع البيِّنة عليها؛ لأنَّ البيِّنة إنَّما تسمع على دعوى صحيحة، فإذا بطلت الدعوى والشَّهادة في حقِّ السَّرقة لا يظهر عند القاضي، فلا يقطع وإنَّما يضمن السَّرقة؛ لأنَّ الدعوى لم تفسد بهذه التهمة في حق المال، فصحت الشهادة عليها في حقِّ المال، بخلاف الشهادة على القذف بعد حين، حيث تقبل؛ لأنَّه لا تهمة في الشهادة؛ لأنَّها تتوقف على دعوى المقذوف، فيحمل على أنه إنَّما أخَّر الشهادة لعدم الدعوى، بخلاف الإقرار بالزِّنا والسَّرقة، حيث تقبل بعد حين؛ لأنَّه لا تهمة فيه؛لأنَّ العاقل لا يقرُّ على نفسه بفاحشة توجب الحد كاذبًا[٢]. (١٦٦/أ)

---

(١) من القواعد الفقهية: (الحدود تدرأ بالشبهات). والمعنى: أنه إذا وجد مخرج لإسقاط العقوبة عن المتهم فتسقط عنه. ينظر: المبسوط (١٨/ ١٧٢)، بدائع الصنائع (٧/ ٧٦)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/ ١٠٨)، تيسير التحرير (١/ ١٥٧).

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ١٩٤)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٢٥)، المحيط البرهاني (٨/ ٤٥١).

واختلفوا في تقدير التقادم: فقد أشار في (الكتاب)، إلى ستة أشهر؛ لأنه قال: رجل شهد عليه الشُّهود بالزِّنا أو السَّرقة أو شرب الخمر بعد حين، وأنه بإطلاقه يتناول ستة أشهر لما ذكرنا[١] فيمن حلف ليُصومنَّ حينًا، ولا نية له، يلزمه صوم ستة أشهر، ولم يقدِّر أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ في ذلك شيئًا، بل فوضه إلى رأي كل قاضٍ في عصره فيما يراه متقادمًا أو لا[٢].

وقدَّره محمد بشهر[٣]؛ لأنَّه أدني الآجال، فإنه من حلف ليعطينَّ فلانًا حقه عاجلاً، فإن قضاه فيما دون الشهر، يبرَّ؛ هذا تقدير التقادم في الزنا والسرقة.

وأمَّا في شرب الخمر فقدَّره أبو حنيفة [وأبي][٤] يوسف رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ في الشهادة والإقرار بانقطاع الرائحة، ومحمد قدَّره بالشهر في الشهادة، قياسًا على الزِّنا والسَّرقة، ولم يقدر في الإقرار؛ لأنَّ عنده الإقرار لا يبطل بتقادم العهد، قياسًا على الإقرار بغيره، وهو القياس، وهما استحسنًا ذلك[٥].

ووجهه: وهو أنَّ وجوب الحدّ بشرب الخمر والسكر، عرف بالإجماع، والإجماع إنَّما ورد به حال قيام الرائحة في الشهادة والإقرار، فإنه روي: أنَّ رجلاً جاء بابن أخٍ له إلى ابن مسعود رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ فاعترف عنده بشرب الخمر، فقال له: «بئس والي اليتيم أنت، هلَّا أدبتَه صغيرًا، [ولا] سَتَرْتَ عليه كبيرًا، ثم قال:

(١) ينظر: الجامع الصغير، كتاب الأيمان، باب: اليمين على الحين والزمان (١/ ١٦٧).

(٢) وجه قوله: لأن المقادير لا تؤخذ من طريق القياس، وإنما تؤخذ من أحد وجهين: إما بالاجتهاد، أو التوقيف. ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ١٩٥).

(٣) وهي إحدى الروايتن عن أبي حنيفة وأبي يوسف، رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ، وهو الأصح. ينظر: شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧١)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٢٥).

(٤) هكذا في المخطوط. والصواب أن يقال: (أبو).

(٥) أي: أبو حنيفة وأبو يوسف. ينظر: المبسوط (٩/ ٧٠)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧١)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٢٦).

مَزْمِزُوهُ[(١)] وتَلْتِلُوهُ، ثمَّ اسْتَنْكِهُوهُ[(٢)]، فإن وجدتُم رائحةَ الخمر، فاجْلِدُوه»[(٣)]. ولم ينكر عليه غيره، فكان إجماعًا، ولا إجماع بعد انقطاع الرائحة في الشهادة والاعتراف[(٤)].

والسكران إذا أقرَّ على نفسه بشرب الخمر والزِّنا، لا يؤخذ بإقراره؛ لأنَّه عديم العقل، فأشبه المجنون؛ إلا في حقوق العباد، فإنه ألحق بالصاحي زجرًا له عن شرب المحظور[(٥)].

وحد القذف من حقوق العباد، فيؤاخذ بإقراره به في حال سكره، كيف وقد قالوا: من شرب سكر، ومن سكر هذي/ ، وإذا هذي، افترى، وحد المفتري في كتاب الله ثمانون جلدة[(٦)]، فاعتبروا قذفه في حال سكره[(٧)]. (١٦٦/ب)

---

(١) أي: يحاولون إفاقته من سكره، وهو تحريكه بشدة. والتلتلة بمعناه. ينظر: غريب الحديث لابن الجوزي (١/ ١٠٥). لسان العرب (٥/ ٤١٠).

(٢) أي: شم رائحة فمه. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر (٥/ ١١٧).

(٣) الحديث أخرجه البيهقي، في السنن الكبرى (٨/ ٥٥١ ح ١٧٥٢٧)، وعبد الرزاق، في مصنفه (٧/ ٣٧١)، والطبراني، في المعجم الكبير (٩/ ١٠٩ ح٨٥٧٢). والحديث ضعفه الهيثمي في مجمع الزوائد (٦/ ٢٧٦ ح١٠٦٦٠). وقال الزيلعي رَحِمَهُ اللَّهُ نصب الراية (٣/ ٥٣٣): «غريب بهذا اللفظ».

(٤) ينظر: المبسوط (٩/ ٧٠)، بدائع الصنائع (٧/ ٥١)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٢٦).

(٥) ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٨١)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧١)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٢٨).

(٦) وهو قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا ۚ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾ [النور: ٤].

(٧) الحديث أخرجه الإمام الشافعي، في مسنده، كتاب الأشربة (١/ ٢٨٦)، والطحاوي، في شرح مشكل الآثار (١١/ ٢٧٤ ح٤٤٤١)، كلاهما من طريق عمر بن الخطاب، والحديث أعله ابن عبد البر في الاستذكار (٨/ ٧)، بالانقطاع. وكذا ابن الملقن في البدر المنير (٨/ ٨١٦).=

[ضابط السكر]

والسكران الذي يحد عند أبي حنيفة هو: الذي لا يعقل شيئًا قليلاً، ولا كثيرًا، أو لا يعرف الرجل من المرأة ولا الأرض من السماء[١].

وقال صاحباه: هو الذي يهذي ويختلط. وما ذكراه هو السكران في العرف، فإن الناس تعارفوا بتسميته سكران، ذكره في كتاب (الأشربة)[٢].

وما قاله أبو حنيفة هو: الأحوط؛ لأنَّ الحدّ يدرأ بالشبهة، وقيل: يُستَقرأ: ﴿قُلْ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلْكَـٰفِرُونَ﴾[٣] فان قرأها على الوجه لا يحد[٤].

* * *

= وقال ابن حجر في التلخيص الحبير (٤/ ٢٠٤): «في صحته نظر». ومن طرق أخرى أخرجه الدارقطني، في سننه، كتاب الحدود والديات وغيره (٤/ ٢١١ ح٣٣٤٤)، والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب الأشربة، باب: ما جاء في عدد حد الخمر (٨/ ٥٥٦ ح١٧٥٤٣). وأخرجه الحاكم في مستدركه (٤/ ٤١٧ ح٨١٣١). قال الحاكم: هذا حديث صحيح الاسناد، ولم يخرجاه. ووافقه الذهبي. والحديث ضعفه الألباني، في إرواء الغليل (٨/ ٤٦ ح٢٣٧٨).

(١) وإليه مال أكثر مشايخ المذهب، وعليه الفتوى. ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٧٨)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧١)، البحر الرائق (٥/ ٣٠)، الفتاوى الهندية (٢/ ١٥٩).

(٢) الجامع الصغير (١/ ٢٧٩).

(٣) سورة الكافرون، الآية: (١).

(٤) وهي إحدى الروايتين عن أبي يوسف، رَحِمَهُ ٱللَّهُ. ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٧٨)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧٢).

باب الإحصان

[شرائط إحصان الرجم]

لا يكون الإحصان: إلا بين الزَّوجين، الحرين، المسلمين، البالغين العاقلين، جامعها في الفرج، وهما على هذه الصفة، حتى إنه لو تزَّوج بأمةٍ، أو صغيرة أو مجنونة، أو كتابية ودخل بها، لا يصير محصنًا عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: إذا تزوج بكتابية، ودخل بها، يصير محصنًا؛ لأنَّ وطأها كامل يتم به للاستغناء عن الحرام، بخلاف وطء الصغيرة، والمجنونة، فإنَّه ناقص لنقصان حالهما، وكذا وطء الأمة(١).

ولنا: ما روي عن حذيفة بن اليمان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه تزوج يهودية، فقال له النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «دَعْهَا، فَإِنَّهَا لا تُحْصِنُكَ»(٢).

ولأنَّ الازدواجَ لا يتمُّ مع اختلاف الدين؛ لأنَّ طبع كلِّ واحدٍ منهما ينفر عن صاحبه، فلا يتمّ به الغناء عن الحرام(٣).

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ١٥١)، المبسوط (٥/ ١٤٦)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧٢)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٧).

(٢) لم أقف عليه من حديث حذيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، ولكن جاء من حديث كعب بن مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أخرجه الدارقطني، كتاب الحدود والديات وغيره (٤/ ١٨٠ ح٣٢٩٧)، والبيهقي، في السنن الكبرى، باب من قال: من أشرك بالله فليس بمحصن (٨/ ٣٧٦ ح١٦٩٤١)، والطبراني، في المعجم الكبير (١٩/ ١٠٣ ح٢٠٥)، وابن أبي شيبة، في مصنفه، باب: في الرجل يتزوج المرأة من أهل الكتاب ثم يفجر (٥/ ٥٣٦ ح٢٨٧٥٢). والحديث أعله الدارقطني بقوله: فيه أبو بكر بن أبي مريم وهو (ضعيف)، وعلي بن أبي طلحة لم يدرك كعبًا؛ وكذا قاله الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٣٢٨). ولكن احتج به ابن الهمام في فتح القدير (٥/ ٢٣٩). ؛ وقال: «الانقطاع عندنا داخل في الإرسال بعد عدالة الرواة؛ ولأنه شاهد لحديث: «لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية...».

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٧٩)، شرح مختصر الطحاوي (٦/ ١٥١)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٧٢).

[حكم من شهد بإحصانه رجل وامرأتان]

أربعة شهدوا على رجل بالزِّنا فأنكر الإحصان، أي: أنكر الدخول بزوجته، ولها منه ولد، رجم[1]؛ لأنَّ وطأه ثبت شرعًا، وإن لم يكن له منها ولد، يشهد به رجل وامرأتان، ثبت إحصانه عندنا، خلافًا للشَّافعي؛ لأنَّ الإحصان شرطٌ بمعنى العلة؛ لأنَّه يصير بالزِّنا علة وجوب الرجم، فيلتحق به[2].

ولنا: أن شهادة رجل وامرأتين مثل شهادة رجلين، فيما ليس بعقوبة، ولا علة عقوبة، لقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾[3]، فَسَّر الشهيدين برجلين ورجل وامرأتين.

والإحصان ليس بعقوبة ولا علة عقوبة؛ لأنَّه عبارة عن خصال حميدة، ونعم جسيمة وأنَّها لا تصلح عقوبة ولا علة عقوبة؛ لأنَّ علةَ العقوبة الجنائية والخصال الحميدة لا تكون جناية، فإذا ثبت الوصف فتأثيره وهو أن مثل الشيء ما يسد مسده، وينوب منابه، وإنَّما يسد مسده، وينوب منابه، إذا ثبت بشهادة رجل وامرأتين مثل ما يثبت بشهادة رجلين. / (١٦٧/أ)

قوله: (الإحصان شرط بمعنى العلَّة)، ممنوعٌ.

وبيانه: وهو أنَّ الشَّرط الذي بمعنى العلَّة ما يفضي إلى الحكم بواسطة الإفضاء إلى العلة، والإحصان ليس بهذه المثابة؛ لما بيَّنَّا أنه عبارة عن خصال حميدة ونِعم جسيمة، والنعم تدعو إلى الشُّكر وتمنع عن المعاصي والكفر،

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٧٩)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٦٣)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧٢)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ١٣١).

(٢) ينظر: الأم (٧/ ٨٧)، الحاوي الكبير (١٣/ ٢٣٨)، و(١٧/ ٨)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لزكريا الأنصاري (٤/ ١٢٨)، الأشباه والنظائر، للسبكي (٢/ ٢٦٠).

(٣) سورة البقرة، جزء من الآية: (٢٨٢).

وممَّا يمنع عن الزِّنا لا يكون مفضيًا إلى حكمه بواسطة إفضائه إلى الزِّنا[١].
والله اعلم.

* * *

(١) تنظر المسألة في: المبسوط (٩/ ٤٢)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧٣)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٨٠)، المحيط البرهاني (٨/ ٣٠٨).

باب: الوطء الذي يوجب الحدّ

الأصل فيه: وهو أنَّ حدَّ الزِّنا على الرجل بالتمكين من الزنا تمكينًا تمحَّض حرامًا على المرأة، فإنَّ المتصور منها هذا القدر، ولكن الشَّرع ألحق التمكين منها بالزِّنا، وسماها زانيةً لذلك، وعلَّق به حدَّ الزنا. وبيانه: وهو أنَّ حقيقةَ الزِّنا إيلاج ذكر الرجل في قبل المرأة، إيلاجًا تمحض حرامًا خاليًا عن الشُّبهة، وهذه الحقيقة لا توجد إلا من الرَّجل[(١)].

والشُّبهة تتنوع إلى شُبهة في الفعل وإلى شبهة في المحل:

فالشبهة في الفعل في ثمانية: في وطء الرجل جارية أبيه، أو جارية أمه، أو جارية زوجته، ووطئه مطلقته ثلاثًا في العدَّة، ومطلقته بائنًا في العدة، ووطء أم ولده إذا أعتقها في العدة، ووطء المرتهن الجارية المرهونة في رواية (**كتاب الحدود**)[(٢)] ووطء العبد جارية السَّيد.

والشبهة في المحل في ستة: في وطء الرجل جارية ابنه، ووطئه مطلقته بالكناية في العدة، ووطئه جارية مشتركةً بينه وبين غيره، ووطء البائع للأمة المبيعة قبل التسليم، ووطء الزَّوج للأمة الممُهورة قبل التسليم، ووطء المرتهِنِ الجارية المرهونة، في رواية (**كتاب الرهن**)[(٣)].

فالشبهة في الفعل يدرأ الحدّ عمَّن يدَّعي الشبهة دون من لا يدَّعيها؛ لأنَّ الفعل في نفسه زنا، إلا أنه اشتبه على الفاعل ذلك، حتى إنه لو قال: علمت أنها حرام،

---

(١) ينظر: المبسوط/ (٩/ ٧٧)، تحفة الفقهاء (٣/ ١٣٨).

(٢) ينظر: كتاب الأصل (٧/ ١٨٢).

(٣) ينظر: كتاب الأصل (٧/ ١٥٢).

يحدُّ، وإن قال: ظننت أنها تحل لي، لا يحدّ، ولهذا لا يثبت النسب منه إذا ادَّعى ولا يحد قاذفه[١]. والشُّبهة في المحل تدرأ الحدّ عن الكل، ادَّعى الشبهة، أم لا؛ لأنَّ الشُّبهة في المحل أخرجت الفعل عن كونه زنا، ولهذا يثبت النَّسب إذا ادَّعى، ويحدُّ قاذفه، وشرط وجوب الحدّ: أنَّ يكون في وجوبه فائدة، وهي الإقامة.

إذا عرف هذا نقول:

[الوطء في نكاح الشبهة]

قال: رجل طلَّق امرأته ثلاثًا، ثم وطئها في العدَّة، وقال: علمتُ أنَّها عليَّ حرامٌ، يحدُّ؛ لأنَّ الشُّبهةَ في الفعل دون المحل / ؛ لأنَّه لم يبق في المحل شبهةٌ حل[٢].

(١٦٧/ب)

رجل قال لامرأته: أنت خليَّةٌ، أنت بَريَّة، أمرك بيدك، فاختارت نفسها، ثم وطئها في العدة، وقال: علمت أنها عليَّ حرام، لا يحدُّ؛ لأنَّ الشبهة في المحل؛ لأنَّ الصَّحابة اختلفوا في أن الكنايات رواجع، أو بوائن[٣]، فإن كانت رجعية، لا يحرم الوطء ولا يزيل النكاح، فأورث اختلافهم شبهة الحل في المحل، وثبت النسب إذا ادعى[٤].

---

(١) ينظر: كتاب الأصل (٧/ ١٨٢)، اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (١/ ٢٢٣)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧٣).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٨٠)، خزانة الفقه (١/ ٢٨٠)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧٣)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٦).

(٣) تنظر المسألة- مع الخلاف- في: الأم للشافعي (٧/ ١٦٦)، الاستذكار (٦/ ٢٢)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٧)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، لابن حجر (٩/ ٣٧٠)، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، للعيني (٢٠/ ٢٢٨).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٨٠)، خزانة الفقه (١/ ٢٨٠)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٣٣)، خلاصة الدلائل (٢/ ١٨٧).

[وطء شبهة الملك]

رجل وطء جارية أبيه، أو أمة زوجته، وقال: علمت أنَّها عليَّ حرامٌ، يحدُّ، وإن قال: ظننت أنها لا تحل لي، لا يحد، ولا يثبت النَّسب أصلاً؛ لأنَّ الشُّبهة في الفعل دون المحل؛ لأنَّ ما بين الأب والابن من القرابة متحد؛ لأنها قرابة جزئية، وهي في إحدى الطرفين يثبت تأويل الملك، فاشتبه عليه ثبوته في الطرف الآخر(١).

رجل وطء جارية ابنه، وقال: علمت أنَّها عليَّ حرام، لا يحدّ؛ لأنَّ الشُّبهة في المحل، فإنِ ادَّعى الولد، ثبت نسبه منه، وصارت الجارية أم ولد له، وتملكها بالقيمة، ولا عُقْر عليه عندنا(٢)، خلافًا للشَّافعي(٣)؛ لأنَّ للأب ولاية تملُّك مال الابن عند الحاجة، والحاجة إليه حاقنة لصيانة نفسه عن الزِّنا، فيثبت له الملك مقتضى الوطء سابقًا عليه، فصادف وطؤه ملك نفسه، فلم يوجب العقْر.

[زنا من ... الطرفين ... أهلية]

صبيٌّ، أو مجنونٌ جامع امرأةً عاقلةً، بالغةً، لا حدَّ عليهما عندنا(٤)، وعند الشافعي: تحدُّ المرأة(٥).

---

(١) ينظر: خزانة الفقه (١/ ٢٨٠)، مختصر القدوري (١/ ١٩٧)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧٣).

(٢) ينظر: مختصر اختلاف العلماء، للطحاوي (٣/ ١٩٠)، المبسوط (٧/ ١٧٥)، الفروق للكرابيسي (١/ ٣٠٢)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٤٥)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٣٥).

(٣) ينظر: كتاب الأم (٧/ ١٧٢)، الحاوي الكبير(٩/ ١٧٥)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٢/ ١٩٤)، روضة الطالبين (٧/ ٢٠٨).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٨١)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٦٢)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧٣)، البناية شرح الهداية (٦/ ٣١٦).

(٥) ينظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي، للعمراني (١٢/ ٢٦١)، المجموع شرح المهذب، للنووي (٢٠/ ١٩)، مغني المحتاج (٥/ ٤٤٣).

ولو زنا صحيحٌ بمجنونة، أو صبيَّة يجامع مثلها، فعليه الحدّ دونها[1]، فالشَّافعي يقيس المختلف فيه على المجمع عليه بمعنى يجمعهما، وهو أنَّ الزِّنا تحقَّق من المرأة، فعدم وجوب الحدّ على المجنون بعذر لا يسقط الحدّ عن المرأة، كما إذا زنا بالغٌ عاقلٌ بمجنونة، يجب الحد عليه دونها كذا هذا.

ولنا: ما بينّا أنَّ الحدّ إنَّما يجب على المرأة لتمكينها من الزِّنا، ولم يوجد، لأنَّ فعلَ الصَّبي والمجنون ليس بزنا؛ لما بيّنّا: أنَّ الزِّنا إيلاج الذكر في قبل المرأة إيلاجًا تمحَّض حرامًا خالياً من الشبهة[2]، ولم يوجد في حقِّ المجنون؛ ولأنَّ فعل الصبّي والمجنون، لا يوصف بالحرمة؛ لأنَّها تثبت بالخطاب، ولا خطاب في حقِّهما، فصار؛ كأنَّها مكَّنت نفسَّها من النَّائم أو البهائم، ولا يجب عليها الحد، كذا هذا[3].

[قذف الربي المستأمن المسلم]

حربيٌّ مستأمنٌ، زنا بذِّميّةٍ، حدت دونه عند أبي حنيفة. ومحمد: لا يحدَّان[4].

والأصل في جنس هذه المسألة أصلان:

أحدهما: وهو أن الحربي المستأمن، لا يحد عند أبي حنيفة ومحمد، إلا حد القذف[5]، وفي قول أبي يوسف: يحد، إلا حد الشرب؛ لأنه لما دخل دارنا بأمان

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٨١)، خزانة الفقه (١/ ٢٧٨)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٦٣)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٤).

(٢) ذكره في بداية الباب.

(٣) تنظر المسألة- مع تعليلاتها- في: شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧٥)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ١٣٧)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٤٨).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٨١)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٦٦)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧٤).

(٥) ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٦٦).

فقد التزم أحكامنا، فأشبه الذميَّ، والذميُّ يحد، إلا في حد الشرب، / كذا هذا[1]. (١٦٨/أ)

ولنا: أنَّه ليس من أهل دارنا، بدليل أنه يُمكَّنُ من العوْد إلى داره، ولا يُقتل المسلِمَ والذِّميُّ بقتله، بخلاف الذِّميِّ، وإنما دخل دارنا لقضاء حوائجه فالتزم أحكامنا فيما يتعلق بقضاء حوائجه، وجزاء إيذاء المسلم، فأشبه الذميَّ بهذا، فيؤاخذ بحقوق العباد وحد القذف، وفيما وراء ذلك لم يلتزم، فبقي حربيًّا في حقه، والحربيُّ لا يؤخذ بالحدود؛ لأنَّه ليس في وجوبها فائدة إقامتها، ولا ولاية لنا عليهم حتى نقيم عليهم الحدّ.

ولهذا إذا زنا مسلمٌ في دار الحرب، ثم دخل إلينا، لا يحد[2]؛ لأنَّه حين زنا، لم يكن لنا عليه ولاية، فلم ينعقد الزنا موجبًا للحدِّ، فلا ينقلب بعده موجبًا.

والثاني: وهو أنَّ الحدّ إذا لم يجب على المرأة، أو تعذَّر استيفاؤه، لا يمنع وجوبه على الرَّجل بالإجماع[3].

ومتى لم يجب على الرَّجل، أو تعذَّر استيفاؤه فكذلك عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه، يمنع[4].

---

(١) الأصل عند أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أن الحدود كلها تقام على المستأمن، والمستأمنة في دار الإسلام، إلا حد الشرب، كما تقام على الذمي والذمية؛ لأن المستأمن يعتقد حرمة الزنا؛ لكونه محرمًا في جميع الأديان السماوية. ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٢٢٧)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٣٨).

(٢) ينظر: مختصر القدوري (١/ ١٩٧)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٥)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ٩١)، البحر الرائق (٥/ ٤).

(٣) حكى الإجماع زين الدين ابن نجيم الحنفي، في كتابه البحر الرائق (٥/ ٧).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ٣٤- ٣٨)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧٥)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٣٩)، تبيين الحقائق (٣/ ١٨٢).

فإذا عرف هذا نقول:

فيما نحن فيه لم يجب الحد على المستأمن عند أبي حنيفة، فلم يمنع ذلك وجوبه على المرأة، وعندهما، يمنع، فلهذا لم يجب عليهما[١].

لهما: أنَّ المرأة تبع للرَّجل[٢]، فإذا لم يجب الحدّ على الأصل، لا يجب على التَّبع.

ولنا: أنها تبع في حق نفس الفعل، دون حكمه، والحكم امتنع وجوبه على الرَّجل لمانع، فلا يمتنع وجوبه في حقِّ المرأة؛ لأنَّها ليست بتبعٍ في حقِّ الحكم.

ذكر محمد قوله ههنا، وأشار إلى قول أبي يوسف في (**الأصل**)[٣] فإنَّه قال: مستأمن زنا بمسلمة، أو ذمّيّة، فعلى قول أبي يوسف الأول: لا يجب الحد عليهما[٤]. وهذا الخلاف يظهر في مكرهٍ زنا بمطاوعة، تحدُّ المطاوعة دونه عند أبي حنيفة، وعندهما:[٥] لا يحدَّان؛ لأنَّها تبع للرَّجل، والحدُّ لم يجب على الأصل. وجوابه ما قلنا: إنها تبعٌ في نفس الفعل لا في حكمه.

---

(١) من القواعد الفقهية: (إذا سقط الأصل سقط الفرع). المعنى: أن الشيء الذي يكون وجوده أصلًا لوجود شيء آخر يتبعه في الوجود يكون ذلك الفرع مبتنى عليه، فإذا سقط الأصل سقط الفرع المبني عليه، ولا عكس، فلا يلزم من سقوط الفرع سقوط الأصل. ينظر: بدائع الصنائع (١/ ١٠٧)، و(٧/ ٣٥)، الأشباه والنظائر، للسبكي (١/ ١١٩)، مجلة الاحكام العدلية (المادة: ٥٠)، قواعد الفقه لمحمد عميم الإحسان (١/ ٥٧).

(٢) أي: في فعل الزنا.

(٣) ينظر: الأصل (٧/ ١٨٦).

(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٢٢٧).

(٥) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٨١)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧٥)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٤).

[من أكرهه السلطان على الزنى]

سلطان أكره رجلاً على الزِّنا، لا يحدُّ، وكان أبو حنيفة يقول أولا: يحد، وهو قول زُفر[١]؛ لأنَّ الزِّنا لا يتحقق إلا بانتشار الآلة واللذة، وذلك لا يحصل مع الإكراه، ثم رجع، وقال: لا يحدُّ؛ لأنَّ الإكراه مبيح، فإن لم يفد حقيقة الإباحة، فلا أقل من أن تفيد شبهتيهما، والشبهة دارئة للحدِّ بيقين[٢]، وانتشار الآلة أمر محتمل قد يكون عن قصد ولذة، وقد يكون لا عن قصد؛ فإن النائمَ تنتشر آلتُهُ لا عن قصدٍ، فلا يترك اليقين بالمحتمل[٣].

وإن أكره غير السلطان على الزِّنا، حدَّ عند أبي حنيفة، خلافًا لصاحبيه[٤].

وهذا اختلاف عصر لا اختلاف حجة؛ لأنَّ في زمن أبي حنيفة، لم يكن لغير السلطان قوة الإكراه، فأفتى/ بما عاين في زمانه، وفي زمنهما كان لغيره قوة الإكراه من المتغلبة، فأفتيا بما عاينا في زمنهما، وبقولهما نفتي؛ لأنَّ في زمننا القوةَ للمتغلبة أكثر. (١٦٨/ب)

[إقرار أحد الواطئين بالزنى، والآخر بالنكاح]

رجل أقرَّ بأنَّه زنا بفلانة أربع مرات في أربعة مجالس مختلفة، وادَّعت المرأةُ النكاح أو أقرت هي أربعًا في أربعة مجالس، وادَّعى الرَّجل النكاح، درئ الحدّ

---

(١) ينظر: المبسوط (٩/ ٥٩) و(٢٤/ ٨٩)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧٣)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٤٠).

(٢) هذه قاعدة فقهية واردة في كثير من كتب الفقه وقواعده. وأصل القاعدة: أنه إذا وجد مخرج لإسقاط العقوبة عن المتهم فتسقط عنه. ينظر في: بدائع الصنائع (٧/ ٧٦)، الأشباه والنظائر للسبكي (١/ ٢١)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (١/ ١٢٢)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/ ١٠٨) ترتيب اللآلي (١/ ٦٣٤).

(٣) هذه من القواعد الفقهية وهى أصل لأحكام كثيرة: (أن اليقين لا يترك بالمحتمل). والمعنى: أنه إذا ثبت أمر من الأمور ثبوتًا يقينيًا قطعيًّا وجودًا وعدمًا، ثم وقع الشك في وجود ما يزيله، يبقى المتيقن هو المعتبر إلى أن يتحقق السبب المزيل. ينظر: الفصول في الأصول (١/ ٤١٥)، أصول السرخسي (٢/ ١١٦)، المجموع (١/ ٤٠٩)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/ ٤٧).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٨٢).

عنهما؛ لأنَّ النكاح يقوم بهما[١]، فتمكَّنت الشبهةُ في المحل في حقهما[٢].

[عقوبة من يعمل عمل قوم لوط]

رجلٌ عمِل عملَ قومِ لوط، لا يحدُّ حد الزِّنا، بل يعزَّر، ويودع في السجن عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه: يحدّ حدَّ الزِّنا؛ لأنَّه بمعنى الزِّنا، فألحق به[٣].

ولنا: ما بينا أنَّ حدَّ الزِّنا لا يجب على الرجل إلا بالزِّنا[٤]، واللواطة ليس بزنا؛ لأنَّه يستقيم نفي اسم الزنا عنها، فإنه يقال: لاطَ، وما زنا، فإذا لم يكن زنا، لا يجب حدَّ الزِّنا بها[٥].

[الرجل يزني بجارية الرجل فيقتلها]

رجل زنا بأمة رجل فقتلها، يجب الحدّ بالزِّنا والقيمة بالقتل[٦].

[حكم الإمام الأكبر في الحدود والقصاص]

وما صنعه الإمام الذي ليس فوقه إمام، لا يؤخذ بحدِّه؛ لأنَّه لا فائدة في وجوبه عليه؛ لأنَّ إقامته مفوض إليه، إلا في حقوق العباد، حتى إن القصاص يجب، وكذا حد القذف[٧].

---

(١) أي: النكاح يقوم بطرفي الرجل والمرأة.

(٢) ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٦٨)، المبسوط (٩/ ٧٧)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧٥).

(٣) ينظر: شرح الجامع الصغير (١/ ٢٨٢)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٦٣)، مختصر القدوري (١/ ١٩٧).

(٤) ينظر ما ذكره في بداية الباب.

(٥) ينظر: شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧٥)، مختصر القدوري (١/ ١٩٧) بدائع الصنائع (٧/ ٣٤).

(٦) وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ لا يجب الحد، وهو رواية عنه، لا قوله. والصحيح: ما ذكر في ظاهر الرواية. ينظر: شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٧٦)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٣٣).

(٧) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٨٢)، المبسوط (٩/ ١٠٤)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٤٩)، تبيين الحقائق (٣/ ١٨٧).

باب الشهادة على الزِّنا

الأصل فيه: وهو أنَّ الشهادة بزنا متحد إذا صدرت عن أربعةٍ، لهم أهلية الشهادة والأداء[١]، ولم تتمكّن فيها تهمة زائدة يمكن الاحتراز عنها وخلت عن المعارضة، يقضي بالحد بناءً عليها، وإذا انتقص عدد الأربعة أو لم ينتقص، لكن واحدًا منهم ليس بأهلٍ للأداء أو كلهم، لا يقضى بشهادتهم؛ لأنَّها ليست بحجة في باب الزِّنا، ويحدون؛ لأنَّ الأصل في كلامهم القذف، وإنما تصير شهادة إذا اتصل به القضاء ولم يوجد، فبقي قذفًا.

وإن رجع واحد منهم بعد القضاء والإمضاء، إن كان الحدّ رجمًا، غرّم ربع الدّيّة؛ لأنَّه أتلف ربع النفس، فحدَّ وحده؛ لأنَّ القضاء انفسخ في حقه، وكذلك إذا رجع بعد القضاء قبل الإمضاء في قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنَّ الإمضاء من القضاء في الحدود[٢]، فالرجوع قبل الإمضاء يكون رجوعًا قبل القضاء، وإن كان الحد جلدًا، أو جرحًا، لا يضمن الشهود أرش الجراحة عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه: الأرش من بيت المال، وخطأ القاضي من بيت المال بالإجماع[٣].

---

(١) تنقسم الأهلية عند الحنفية إلى أهليه وجوب، وأهلية أداء. فأهلية الوجوب: هو الصلاح للحكم، فمن كان أهلا لحكم الوجوب بوجه كان هو أهلا للوجوب ومن لا، فلا. والنوع الثاني: أهلية أداء: وهي صلاحية الأفعال، والأقوال منه على وجه يعتد به شرعًا، وأساس ثبوتها التمييز. ينظر: المغني في أصول الفقه (١/ ٢٦٣)، كشف الأسرار (٤/ ٢٣٧)، شرح التلويح على التوضيح (٢/ ٣٢١).

(٢) ينظر: الهداية شرح البداية (٢/ ٣٥٠)، العناية شرح الهداية (٥/ ٢٨١)، الجوهرة النيرة (٢/ ١٥٢)، فتح القدير (٥/ ٢٢٧).

(٣) هذه قاعدة فقهية مهمة في القضاء، ترفع الحرج عن القضاة. ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ١٦)، القواعد والضوابط المستخلصة (١/ ١٥٩)، شرح القواعد الفقهية، للزرقا (١/ ٤٨٣)، القواعد الفقهية للندوي (١/ ٤٣٠).

[شهدوا على رجل أنه زنا بفلانة وفلانة غائبة]

فإذا عرف هذا نقول:

قال: أربعةٌ شهدوا على رجل أنَّه زنا بفلانةٍ وهي غائبة، حدَّ؛ لأنَّ الدعوى ليست بشرط في الزِّنا[١]. **ولو شهدوا أنَّه سرق من فلان وهو غائب، لم يقطع؛** لأنَّ الدعوى شرطٌ في السَّرقة[٢].

[جهل المشهود بالمزنا بها]

أربعة شهدوا على رجل أنَّه زنا بامرأةٍ لا يعرفونها، لا يحدُّ؛ لأنَّه تمكَّن في شهادتهم تهمة زائدةً يمكن / الاحتراز عنها؛ لأنَّ من الجائز أنَّ المزني بها زوجته ولم يعرفوها، بخلاف ما إذا أقرَّ بذلك، حيث يحد؛ لأنه لا يخفي على المقر ذلك[٣]. (١٦٩/أ)

[اختلاف الشهود في حد الزنا]

اثنان شهدا على رجل أنَّه زنا بفلانة مكرهة، وآخران أنَّه زنا بها مطاوعة، لا يحدَّان عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه: يحد الرَّجل وحده؛ لأنَّه ثبت بشهادة الأربعة زناه طوعًا[٤].

قلنا: الزنَّا لمطاوعة غير الزنا بالمكرهة، فلم يتحد الزنا المشهود به، ولم يقم على واحد منهما شهادة الأربعة، فلم تكن حجة.

اثنان شهدا على رجل أنَّه زنا بفلانة بالكوفة، وآخران: أنَّه زنا بها بالبصرة، لا

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٨٣)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٦٨)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧٦)، كنز الدقائق (١/ ٣٥٢).

(٢) جاء في شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ١٤٣): «والفرق بين الحد وبين القطع، أن الدعوى شرط لظهور السرقة؛ لأن السرقة أخذ مال الغير على وجه الخفية، والشهادة على السرقة شهادة على المال، فلا تقبل من غير دعوى».

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٨٣)، شرح مختصر الطحاوي (٦/ ١٩٧)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٧٦).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٨٣)، المبسوط (٩/ ٦٧)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ١٤٣)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٥٠).

يحدَّان(١)؛ لأنَّ الزِّنا بالبصرة غير الزِّنا بالكوفة، ولم يقم على كل واحد منهما شهادة الأربع، وحدَّ الشُّهود عند زفر؛ لأنه انتقص العدد عن الأربعة، وعندنا، لا يحدون؛ لأنَّ المشهود به زنا واحد في زعمهم، وإنَّما الاختلاف جاء من اختلاف المكان، فأورث ذلك شبهة الاتحاد.

وإن كان الاختلاف في بيت واحد، بأن شهد اثنان بأنَّه زنا بها في هذه الزاوية، وآخران أنَّه زنا بها في زاوية أخرى من ذلك البيت، حيث يحدان؛ لأنَّ التَّوفيق ممكن بأن يقع ابتداء الزنا في زاوية، ثم يضطران، فيقعان في زاوية أخرى، فيتمُّ الزِّنا فيها، بخلاف البصرة والكوفة، وهذا إذا صغُر البيت، وأما إذا كبر بحيث لا يحتمل هذا، لا يحدَّان، كما في مسألة الكوفة والبصرة.

أربعة شهدوا على رجل بالزِّنا عند طلوع الشمس بالحيرة(٢)، وأربعة آخرون على زناه بها عند طلوع الشمس، بدير هند(٣)، لا يحدان؛ لأنَّ الشَّهادتين تعارضتا فتساقطتا، ولا يحد الشُّهود؛ لأنَّ أحد الفريقين تيقن صدقه بيقين، ولا يدري أيهما هو(٤).

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٨٣)، مختصر القدوري (١/ ١٩٥)، الجامع الصغير للصدر، الشهيد (١/ ٣٧٦)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٤٣).

(٢) الحيرة: مدينة عراقية تقع على شاطئ الفرات الغربي، وهي على مسافة (٧) كيلومترات إلى الجنوب الشرقي من مدينتي النجف، والكوفة. وقد كانت قديمًا مسكن ملوك العرب في الجاهلية. دخلها الصحابي الجليل سيف الله المسلول خالد بن الوليد رَضِيَ اللهُ عَنْهُ سنة (١٢هـ). ينظر: الروض المعطار للحِميري (١/ ٢٠٧)، معجم المعالم الجغرافية ص(١٠٧)، الموسوعة العربية العالمية (٢٤/ ١٣٩).

(٣) بدير هند: موقع في الحيرة. ينظر: معجم البلدان (٢/ ٥٤١)، الروض المعطار (١/ ٢٥٠).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٨٤)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ١٤٦)، كنز الدقائق (١/ ٣٥٢).

[شهادة النساء في الحدود والقصاص]

أربعة شهدوا على امرأةٍ أنها زنت وهي بكر. تأويله: أنَّ النِّساء نَظَرْنَ إليها، فقلن: هي بكر، لا تحدّ[١]؛ لأنَّه ظهر كذب الشُّهود؛ لأنَّ الزِّنا مع البكارة لا يتحقق، ولا يحد الشُّهود؛ لأنَّ حد القذف شُرِع لدفع الشين اللاحق بالمقذوف، وههنا لم يلحق المقذوفة شين بل لحق القَذَفة؛ لأنه ظهر كذبهم بيقين، فأشبه من قال: يا حمار، أو يا خنزير، لا يعزَّر؛ لأنه كذِب بيقين[٢]، فلا يلحق المقذوف شين.

وقيل: إنما لا يحدون؛ لأن قول النِّساء ليس بحجة في حقهم، لكن فيه نظر؛ لأنَّ قولهن إذا لم يكن حجة، ألحق بالعدم حكمًا، فينبغي أن يحد إذا لم يأت بأربعة من الشهود.

[شهادة الأعمى والمحدود في القذف]

أربعة شهدوا على رجل بالزِّنا وهم عميان، أو محدودون في القذف، أو أحدهم أعمى، أو محدود في القذف، لا يحد[٣]؛ لأنهم/ ليسوا بأهل لأداء الشهادة، أما الأعمى، فلا يقدر على التمييز، وأما المحدود في القذف، فإنَّ الشَّرع أبطل شهادته، فلم تكن شهادته حجة[٤]، وحدوا؛ لأنَّ الأصل في قولهم، القذف، وإنما تصير شهادةً باتصال القضاء، ولم يوجد، فبقوا قذفة. (١٦٩/ب)

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٨٤)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧٧)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٥١).

(٢) ينظر: خزانة الفقه (١/ ٢٨١)، مختصر القدوري (١/ ٢٠٠)، المبسوط (٩/ ١١٩)، بدائع الصنائع (٧/ ٦٣).

(٣) ينظر: شرح الجامع (١/ ٢٨٥)، شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٢٣٤)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٧٧).

(٤) بدليل قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ [النور: ٤].

[شهادة غير العدول في الزنا]

ولو شهد أربعة فساق على رجل بالزنا، لم يحد ولم يحدوا(١)؛ لأنَّهم أهلٌ لأداء الشهادة، لكن في شهادتهم قصورها، لم يحد المشهود عليه، وباعتبار أنهم أهل أورثت شهادتهم شبهة الزِّنا في حق المشهود عليه، فمنع ذلك وجوب حدّ القذف، بخلاف العميان والمحدودين في القذف، فإنهم ليسوا بأهل للأداء، وإن كانوا أهلاً للشهادة، لكن الزِّنا يثبت بالأداء لا بالأهلية، فلم تثبت شبهة الزنا في حق المشهود عليه، فلهذا حدوا.

أربعة شهدوا على رجل بالزِّنا فضرب الحدّ، فإذا أحدهم عبد أو محدود في قذف، فلا شيء عليهم عند أبي حنيفة(٢)**، وعند صاحبيه: أرش الضرب في بيت المال.**

وتأويله: أنَّ الضرب جرحه، وهذا الخلاف بناء على الخلاف في أنَّ الجرح مضاف إلى قضاء القاضي، أو إلى الضارب، فعندهما(٣)، مضاف إلى قضاء القاضي؛ لأنَّ القاضي هو الذي قضى بالضرب بناء على شهادتهم، فكان الجرح مضافًا إلى قضائه، لكنه أخطأ في القضاء وما تعمد، وضمان خطئه في بيت المال.

وعند أبي حنيفة غير مضاف إليه؛ لأنه قضاءٌ بالضرب المؤلم دون الجرح، وإنما الجرح حصل بخرق الضارب أو بقلة احتياطه، فاقتصر عليه، وقضيته أن يضمن الجارح، وإنَّما عدلنا عنها؛ لأنَّه أخطأ وما تعمد، فلو ضمناه بخطئه،

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٨٥)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٦٣)، خزانة الفقه (١/ ٢٨٠)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧٧).

(٢) وذلك؛ لأنه تبين أن الشهود ثلاثة، وليس عليهم ولا على بيت المال أرش الضرب، فإن رجم، فديته على بيت المال. ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٨٥)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧٨)، كنز الدقائق (١/ ٣٥٣).

(٣) أي: عند أبي يوسف ومحمد، رحمها الله.

لامتنع النَّاس عن إقامة الحدود، فلا يجب عليه ولا في بيت المال؛ لأنَّ الخطأ غير مضاف إلى القاضي، حتى إن القاضي لو رجم بشهادتهم، ثمَّ ظهر أنَّ أحدهم عبد أو محدود في قذف، فالدِية: في بيت المال؛ لأنَّه مضاف إلى قضاء القاضي، وخطأ القاضي في بيت المال[1].

[الشهادة على الشهادة بالزنا]

أربعة شهدوا على شهادة أربعة بالزِّنا، لا يُحد بشهادتهم؛ لأنَّ في شهادتهم [تهمة][2] زائدة يمكن الاحتراز عنها في الجملة؛ لأنَّ في شهادة الأصول تهمة كذب واحد، وفي شهادة الفروع، تهمة كذبين.

وإن جاء الأصول فشهدوا بذلك الزِّنا بعينه في ذلك المكان، لم تقبل شهادتهم؛ لأن القاضي لما ردَّ شهادة الفروع فقد ردَّ شهادة الأصول من وجه، والشَّهادة متى ردَّت في حادثة من وجه، لا تقبل بعد ذلك في عين تلك الحادثة[3].

[رجوع أحد الشهود الأربعة في قضية الزنا]

ولو **شهد أربعة على محصن بالزِّنا**، فرجمه القاضي بشهادتهم، ثم رجع واحدٌ منهم، غرّم ربع الدية؛ لأنَّه أتلف ربع النَّفس، وحدّ، / ؛ لأنَّ القضاء انفسخ في حقه، وإن رجع اثنان، فعلى هذا القياس[4]. (١٧٠/أ)

ولو شهدوا على بكر بالزِّنا، فجلد بشهادتهم فجرح، لا يضمنون عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه: الضمان في بيت المال، وهذه فرع مسألة ذكرناها.

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٢٣٥)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧٨)، بدائع الصنائع (٧/ ١٦)، كنز الدقائق (١/ ٣٥٢).

(٢) في المخطوط: سقط. والتصويب من كلام الشارح كما ذكر ذلك في بداية الباب.

(٣) ينظر: المبسوط (٩/ ٦٦)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧٨)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٥٢).

(٤) ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٦٧)، مختصر القدوري (١/ ٩٦)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧٩)، كنز الدقائق (١/ ٣٥٣).

ولو كان الحد رجمًا، فمات المرجوم، ثم رجع أحد الشهود، فعلى الراجع الحد.

وقال زفر: لا يحد؛ لأن قذفه حيًّا وبطل بالموت؛لأن حد القذف لا يورث عندنا(١).

ولنا: أن كلامه صار قذفًا بعد الموت، لأنه كان شهادة باتصال القضاء في حقه به، فانفسخ القضاء به بالرجوع بعد الموت، فصار قذفًا، وقذف الموت يوجب الحد يأخذه به ولده أو والده.

وإن رجع واحد منهم قبل القضاء، حدوا عندنا، وعند زُفر، يحد الراجع وحده(٢)؛ لأن رجوعه لا يقبل في حق أصحابه(٣).

ولنا: أنَّ الأصل في كلامهم القذف، وإنَّما تصير شهادةً باتصال القضاء به، ولم يتصل، فبقوا قَذفةً.

وإن رجع واحد منهم بعد القضاء قبل الإمضاء، فكذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: يحد الراجع وحده؛ لأنَّ القضاء اتصل بكلامهم، لكن انفسخ في حقِّ الراجع وحده(٤).

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٢١٣-٢١٤)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧٩)، تحفة الفقهاء (٣/ ١٤٦).

(٢) وهو قول أبي يوسف ومحمد، رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، ذكرها الطحاوي في مختصره (١/ ١٦٧)، وقال: «وبه نأخذ».

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٨٦)، شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٢٢٩)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٦١)، خلاصة الدلائل (٢/ ٣٢١).

(٤) ينظر: النافع الكبير شرح الجامع الصغير (١/ ٢٨٦)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٨٩)، البناية شرح الهداية (٦/ ٣٤٠).

ولنا: أنَّ الإمضاء في باب الحد من القضاء، فالرُّجوع قبل الإمضاء؛ كالرجوع قبل القضاء، ولو رجع قبل القضاء حدوا، فكذا بعد القضاء قبل الإمضاء[١].

ولو كان الشهود خمسة، فرجع واحد منهم، لا شيء عليه؛ لأنَّ الأصل في الرُّجوع بقاء من بقي لا رجوع من رجع، وقد بقي من يقوم بكل الحق، ولو رجع اثنان، غرِّما ربع الدية، وحُدَّا؛ لأنَّه بقِي من يقوم بثلاثة أرباع الحق[٢].

[الخطأ في تزكية الشهود]

أربعة شهدوا بالزِّنا، فزكوا، فرجمه القاضي، فإذا الشُّهود مجوس، أو عبيد، فالدِّيَة على المزكين عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ يريد به الشهادة على المحصن بالزِّنا.

وعند صاحبيه: فالدِية في بيت المال؛ لأنَّ التَّلف مضاف إلى قضاء القاضي، وضمان خطأ القاضي في بيت المال[٣]. وبيانه: وهوأنَّهم ما أظهروا علَّة التَّلف وهو الزِّنا.

ولنا: أنَّه مضاف إلى تزكيتهم؛ لأنَّهم أظهروا علَّة علة التَّلف[٤]، وهي الشهادة، والحكم يضاف إلى علة العلة[٥]، هذا إذا قال المزكون: تعمدنا ذلك، أمَّا إذا ادَّعوا الخطأ، فلا؛ لأنَّ القاضي إذا أخطأ لا يؤاخذ، فغيره أولى.

---

(١) قال السمرقندي في كتابة تحفة الفقهاء، (٣/ ٣٦٨): «أَجمعُوا أَنه إِذا رجع واحد قبل الْقَضَاء بالرَّجمِ، فَإِنَّهُم يحدون جميعًا، وهي من مسائل الخلافيات».

(٢) ينظر: شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧٩)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٨٩)، تبيين الحقائق (٣/ ١٩٢)، الجوهرة النيرة (٢/ ١٥٢).

(٣) ينظر: شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٧٩)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ١٥٣)، كنز الدقائق (١/ ٣٤٣).

(٤) تنظر المسألة في: المبسوط (٩/ ٦٠)، البناية شرح الهداية (٦/ ٣٤٣)، مجمع الأنهر (٢/ ٢٢٠).

(٥) تنظر هذه القاعدة الأصولية في: أصول الشاشي (١/ ٣٥٩)، أصول السرخسي (٢/ ٣١٦، ٣٢٨)، تخريج الفروع على الأصول (١/ ٣٥٣).

ولو رجم القاضي بشَّهادة شهود فإذا هم عبيد، فالديّة في بيت المال؛ لأنَّ التَّلف مضاف إلى فعل القاضي، وهذا محمولٌ على أنَّ القاضي زكاهم، فأخطأ في تزكيتهم(١).

قاض أمر برجم رجل، فحزَّ رجل رقبته، ثمَّ ظهر أنَّ الشهود / عبيد، فعليه القود في القياس؛ لأنَّه قتل عمدٍ بغير حق؛ لأنَّ القاضي أمر بالرَّجم، لا بحز الرقبة(٢). وفي الاستحسان، يجب عليه الدية؛ لأنَّ صورة القضاء انتهضت شبهة في درء القود فوجبتِ الدّيّة. (١٧٠/ب)

[تعمد النظر في الزنا لاجل الشهادة]

أربعة شهدوا على رجل بالزِّنا، وقالوا: تعمدنا النظر إلى الفرج لا تنخرم عدالتهم؛ لأنَّهم لا يمكن تحمل الشهادة إلا بالنَّظر إلى الفرج، وهم كلفوا بإقامة الشهادة(٣)، وأنَّه من ضروراته، والتكليفُ بالشيء تكليفٌ بما لا يتمُّ إلا به(٤).

* * *

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٨٦)، شرح الجامغ الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٧٩)، الجوهرة النيرة (٢/ ١٥٢).

(٢) ينظر:الجامع الصغير (١، ٢٨٦)، المبسوط (٩/ ٦٩)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٧٩).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ١٩٥)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٨٠)، بدائع الصنائع (٧/ ٤٨)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٥٣).

(٤) هذه من القواعد الأصولية الواردة بلفظها في كتب الأصول والفقه. ينظر: المحصول للرازي (١/ ٤٥)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٢٨)، نهاية السول شرح منهاج الوصول، للإسنوي (١/ ٤٥)، البحر المحيط (١/ ٣٤١).

باب الحد كيف يقام

الأصل فيه:

وهو أنَّ الحد شرع زاجرًا لا متلفًا[١]؛ لأنَّ الإتلاف يبطل الزجير، فيراعي فيه ما يحقق الزَّجر، وبحيث ما يفضي إلى التلف، ولهذا لا يقام على المريض، والنفساء؛ لأنه يفضي إلى التلف.

ويقيمه من يعقل الحد ويبصر، ويضرب ضربًا بين ضربين، ليس بضرب المبرح، ولا بالضرب الذي لا يؤلم؛ لأن ما لا يزجر، والمبرح يتلفه. ولا يضرب بسوط له ثمرة؛ لأنها تجرحه، والجرح سببُ الموت[٢].

ولا يبلغ بالتعزير أدنى الحدود، لقوله- عليه الصلاة والسلام-: «**مَنْ بَلَغَ حدًّا في غَيْرِ حدٍّ، فَهُو منْ الْمُعْتَدِينَ**»[٣].

فإذا عرف هذا نقول:

[مقدار التعزير]

قال أبو حنيفة ومحمد: لا يبلغ بالتعزير أربعين؛ لأنه أدنى الحدود، وهو حدّ

---

(١) من الأصول عند الحنفية:(أن الْحَد شرع للزجر والردع عن الْمعاصِي). ينظر: المبسوط (٩/ ١٦٨)، بدائع الصنائع (٧/ ٥٩)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ١١٠)، درر الحكام (٢/ ٦٤).

(٢) ينظر: مختصر القدوري (١/ ١٩٥)، بدائع الصنائع (٧/ ٦٠)، تبيين الحقائق (٣/ ١٧٠)، العناية شرح الهداية (٥/ ٤٣٠).

(٣) الحديث أخرجه البيهقي، في سننه الكبرى، كتاب الأشربة، باب: ما جاء في صفة السوط والضرب (٨/ ٣٢٧ ح١٧٣٦٢)، من حديث النعمان بن بشير رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كما أخرجه من نفس الموطن من رواية أخرى عن الضحاك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مرسلا بلفظ: «**من بلغ حدًّا في غير حد، فهو من المعتدين**». وقال: (المحفوظ هذا الحديث: مرسل من حديث النعمان بن بشير، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ). والحديث أورده الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٣٥٤)، من حديث النعمان بن بشير رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وضعفه الألباني رَحِمَهُ اللَّهُ في ضعيف الجامع الصغير وزيادته (برقم ٥٥٠٣).

العبد[1]، وقال أبو يوسف: لا يبلغ فيه ثمانين؛ لأنه أدنى حدود الحر[2]، وأمَّا الأربعون، فإنه نصف الحد لقوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾[3].

قلنا: ذلك الحد كامل في حق العبد في ذاته، وإنَّما يظهر التنصف عند المقابلة بحد الحرِّ، وإنه لا يؤثر في نقصانه في ذاته؛ كالثمانين إذا قوبلت بمائة، وهو حد الزنا يظهر النقصان في الخمس، ومع ذلك لا يدل على نقصان في ذاته، فكذا هذا، ثم عن أبي يوسف في النقصان روايتان، في رواية أخرى: تنقص سوطًا واحدًا من ثمانين؛ لأنَّ النقصان يحصل به، وهو قول: زفر[4]، وفي رواية: تنتقص خمسة، ولا فقه تحتها، إلا أنَّ الراويَ غلط في ذلك؛ لأنَّ أبا يوسف أَمَرَ بالتعزير، وكان يعقد لكل خمسة عقدة، فلمَّا بلغ خمسة وسبعين، عقد عقدة، ولم يعقد الأربعة، فظن الذي عنده أنه أمر بخمسة وسبعين، وهذا الخلاف في أقصى التعزير.

وأمَّا في أدناه، فالخيرة إلى الإمام يعزره بما يليق بحاله، ويحتمله المحل[5].

وفي القذف بما يتعلق بجنسه، حد القذف يبلغ به أقصاه، نحو إن قال لأمة، أو أم ولد: يا زانية؛ لأنه قذف بالزنا؛ إلا أن / الحد لم يجب لعدم إحصان

---

(١) وهو المعتمد عند مشايخ المذهب، أنه لا يزاد في ضرب التعزير على تسع وثلاثين؛ لكن ذلك لا يمنع الإمام عن التعزير بشيء آخر، يرى المصلحة فيه؛ كالسجن، ونحوه. ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٦٥)، مختصر القدوري (١/ ٢٠٠)، المبسوط (٩/ ٧١)، بدائع الصنائع (٧/ ٦٤).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٨٧)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٨٠)، كنز الدقائق (١/ ٣٦٠).

(٣) سورة النساء، الآية: (٢٥).

(٤) أي: تسعة وسبعين سوطا. وهو الصحيح عنه. ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ١٥٥).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٢٠٦)، بدائع الصنائع (٧/ ٦٤)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ١٥٥).

المقذوفة، وإن لم يتعلق بجنسه حدٌّ، نحو إن قال المسلم: يا فاسق، أو يا خبيث، أو يا سارق، فالخيرة إلى الإمام في التعزير على ما يراه(١). (١٧١/أ)

[شدة الضرب في الحدود]

وأشد الضرب(٢)، ضرب التعزير؛ لأنه خفف عددًا، فيغلظ وصفًا، ثم ضرب حد الزاني؛ لأنَّ حدَّه منصوصٌ في كتاب الله(٣)، ثمَّ ضرب الشَّارب؛ لأنَّ حدَّه غيرُ منصوص عليه في كتاب الله، ثم ضرب القاذف، وإن كان منصوصًا عليه في كتاب الله(٤) لكن تمكنت الشبهة فيه؛ لأنَّ من الجائز أنَّه صادقٌ في قذفه، وقد قصد به إقامته الحسبة، إلا أنَّه عجز عن إقامة أربعة من الشهداء، فآثرت في التخفيف(٥).

[ضرب الزاني قائما]

ويضرب الحد قائمًا مجردًا غير ممدود، بذلك وردت السُّنَّة في الحدود(٦)؛ ولأنَّ في الضرب مع ثيابه إخلالاً بالزجر، وفي هذه زيادة على الحد، ولهذا قيل: لا يربط، ولا يقيد، ولا يمسك؛ لأنَّ هذه زوائد، إلا إذا أعجزهم بأن كان يهرب؛

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٩١)، مختصر القدوري (١، ٢٠٠)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٨٠).

(٢) اختلف فقهاء الحنفية في المراد بالشدة المذكورة، قال البعض: المراد بالشدة من حيث الجمع، وهي أن يجمع الضربات فيه على عضو واحد. وقيل: المراد الشدة في نفس الضرب وهو الإيلام. ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ٦٤).

(٣) لقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖۖ﴾ [النور: ٢].

(٤) لقوله تعالى: ﴿فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ﴾ [النور:٤].

(٥) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٨٧)، مختصر القدوري (١/ ٢٠٠)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ١٥٧)، مجمع الأنهر (٢/ ٦١٢).

(٦) وهو ما أخرجه عبد الرزاق، في مصنفة، كتاب الطلاق، باب: ضرب الحدود (٧/ ٣٥٧ ح١٣٥٣٢)، والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب الأشربة، باب: ما جاء في صفة السوط (٨/ ٥٦٧ ح١٧٥٨٢)، من قول علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: «يضرب الرجال في الحدود قيامًا، والنساء قعودًا». والحديث قال عنه ابن حجر: سنده ضعيف. ينظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ٩٨).

لأنَّ الضرورةَ مسَّت إلى إمساكه، إلا حدَّ القذف، فإنه يضرب مع ثيابه؛ لأنَّ التخفيفَ فيه مراعى لما ذكرنا[١].

وينزع عنه الحشو والفرو؛ لأنه يمنع وصول الألم فيحيل[٢] الزجر، والمرأة؛ كالرجل في إقامة الحد، إلا أنها تضرب قاعدة مع ثيابها؛ لأنها عورةٌ، وينزع عنها الحشو والفرو، لما ذكرنا، وعن علي- كرم الله وجهه-:«يضرب الرجل قائمًا والمرأة قاعدة »[٣].

[أعضاء لا تضرب في الحدود]

وتضرب الأعضاء كلها؛ لأنَّ الجمع سببُ التلف، إلا الفرجَ والوجه والرأس، فإن الفرج مقتل، والوجه مجمع المحاسن، فيؤدي إلى المثلة.

وعن أبي يوسف: يضرب الرأس ضربة، أو ضربتين، فإن الصديق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أَمر بِضَرب الرَّأس، وقال: إِنَّ فيه شَيْطَانًا»[٤].

ولنا: أنَّ الرأس مجمع الحواس؛ كالعقل، والسمع، والصدِّيق إنما أمر بذلك في حربي محلوق وسط رأسه أمر بقتله، وأنه لا يخل بالمقصود.

وعن أبي يوسف: لا يضرب الصدر والبطن؛ لأن ذلك يفضي إلى التلف[٥].

---

(١) ينظر: مختصر القدوري (١/ ١٩٥)، شرح مختصر الطحاوي (٦/ ١٩١)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٨٠).

(٢) أي: يمنع.

(٣) ينظر: مختصر اختلاف الفقهاء للطحاوي (٣/ ٢٨٩)، تحفة الفقهاء (٣/ ١٤٨)، بدائع الصنائع (٧/ ٦٤)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٦٠).

(٤) الحديث رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الحدود باب: في الرأس يضرب في العقوبة (٦/ ٥ ح٢٩٠٣٣). والحديث قال عنه الزيلعي في نصب الراية: ضعيف. وكذا قاله ابن حجر في التلخيص (٤/ ٢١٤).

(٥) ينظر: خزانة الفقه (١/ ٢٧٧)، شرح مختصر الطحاوي (٦/ ١٩٢)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٨١).

[الحفر للمرجوم]

ولا يحفر للمرجوم؛ لأنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رجم ماعزًا وما حفر له[١] وما مسكوه وكان يتنقل من موضع قليل الحجارة إلى موضع كثير الحجارة[٢].

[الذي يبدأ برجم المحدود]

والشرط في الرجم: أن يبتدئ الشهود، ثم الإمام، [ثم] الناس؛ لأنَّ الرَّجم قتل، فإذا كلف الشهود بالبداية ربما استعظموه فيرجعون[٣].

وإن كان الشهود لا يقدرون على الرجم، بأن كانوا مقطوعي الأيدي، بدأ الإمام، فإن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لمَّا رجم الغامديةَ أخذ حصاةً مثلَ الْحِمَّصَةِ ورماها، ثم رمى الناس**»[٤].

وإن حفر للمرجومة/ فحسن[٥]، لأنَّ النَّبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حفر للغامدية[٦]، وإن لم يحفر، فحسن؛ لأنَّ السترَ يحصل بثيابها، وحين أمر رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنسًا وقال له: «**يَا أُنَيْسُ اغْدُ إِلَى امْرَأَةِ هَذَا، فَإِنِ اعْتَرَفَتْ، فَارْجُمْهَا**»[٧].

---

(١) الحديث أخرجه البخاري، في الجامع، كتاب الحدود، باب: لا يرجم المجنون والمجنونة (٨/ ١٦٥ ح٦٨١٥)، من حديث جابر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وأخرجه مسلم في صحيحة، كتاب الحدود باب: من اعترف على نفسه بالزنا (٣/ ١٣١٨ ح١٦٩١)، من حديث ابي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

(٢) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ١٨٤)، المبسوط (٩/ ٥١)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ١٥٩).

(٣) ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٦٣)، مختصر القدوري (١/ ١٩٥)، المبسوط (٩/ ٥١)، بدائع الصنائع (٧/ ٥٨).

(٤) الحديث أخرجه أبو داود، في سننه، كتاب الحدود، باب: المرأة التي أمر النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ برجمها (٤/ ١٥٢ ح٤٤٤٥). والحديث قال عنه الهمام في فتح القدير (٥/ ٢٢٨): «في سنده مجهول».

(٥) وهو قول أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ.

(٦) الحديث أخرجه الإمام مسلم، في صحيحه، كتاب الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنا (٣/ ١٣٢٣ ح١٦٩٥).

(٧) الحديث أخرجه البخاري، في الجامع، في الوكالة في الحدود (٣/ ١٠٢ ح ٢٣١٤)، وفي باب:

ولم يأمر بالحفر لها[1]. (١٧١/ب)

[رجم المرأة الحامل]

وإن كانت حاملاً، لا ترجم حتى تضع حملها[2]؛ لأنَّ فيه إتلافَ الولد، ولا جناية منه، فإن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال للغامدية حين اعترفت بالزنا وهي حامل: «اذْهَبِي حَتَّى تَضَعِي حَمْلَكِ»[3].

* * *

= الاعتراف في الزنا (٨/ ١٦٧ ح٦٨٢٧)، ومسلم في صحيحه، من اعترف على نفسه بالزنا =

= (٣/ ١٣٢٤ ح١٦٩٧).

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ١٨٤)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٨١)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ١٥٩).

(٢) ينظر: خزانة الفقه (١/ ٢٧٨)، شرح مختصر الطحاوي (٦/ ١٨٤)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٤٤)، محمع الأنهر (١/ ٥٩٢).

(٣) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزنا (٣/ ١٣٢١ ح١٦٩٥).

بابٌ في القذف

الأصل فيه:

أنَّ الحدّ يجب بقذف المحصنة بصيغة النص(١) ومنطوقه، وبقذف المحصن بمعناه ومفهومه، فإنَّ حد القذف إنَّما وجب لدفع شين يلحق المقذوفة بقذفه، والمحصن يشاركها في هذا المعنى، فيشاركها في الحكم(٢).

والإحصان: عبارة عن الأمور الخمسة التي ذكرناها(٣)، وإنما شرطنا البلوغ والعقل، لما بينَّا أنَّ القذف إنَّما يجب لدفع شين يلحق المقذوف بقذفه، والصبي، والمجنون، لا يلحقهما شينٌ بقذفهما، بل لحِقَ القاذفَ شينُ الكذبِ؛ لأنَّ الزنا منهما لا يتصور، ولهذا شرطنا العفة عن الزِّنا؛ لأنَّ غيرَ العفيفة يلحقها الشينُ بزناها لا بقذفه، وشرطنا الحرية والإسلام؛ لأنَّ اسم الإحصان يتناولهما، أمَّا الحرية: فلقوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾(٤). أي: الحرائر(٥).

وأمَّا الإسلام: فلقوله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «مَنْ أَشْرَكَ بِاللهِ فَلَيْسَ بِمُحْصَنٍ»(٦). فإذا

---

(١) لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤].

(٢) قال أبو بكر الرازي في كتابه أحكام القرآن للجصاص (٥/ ١١٠): «قد خص الله تعالى الْمُحْصنَات بالذكر ولا خلاف بين المسلمين أن الْمُحْصَنِينَ مرادون بالآية وأنَّ الحدَّ واجب على قاذف الرجل الْمُحْصَن؛ كوجوبه على قاذف المحصنة».

(٣) ينظر:ما ذكره في كتاب الحدود، باب: الإحصان .

(٤) سورة النساء، جزء من الآية: (٢٥).

(٥) ينظر تفسير الآية الكريمة في: أحكام القرآن للجصاص (٣/ ١١٨)، المبسوط (٩/ ١١٨)، اللباب في شرح الكتاب (٣/ ١٩٥).

(٦) الحديث أخرجه الدارقطني، في السنن، كتاب الحدود والديات وغيره (٤/ ١٧٨ ح٣٢٩٤)، والبيهقي في السنن الكبرى، باب: من قال من أشرك بالله فليس بمحصن (٨/ ١١٦ ح ١٦٩٣)، من طريق نافع عن ابن عمر رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ. وهذا الحديث تُكلم فيه من جهة رفعه ووقفه. =

فقد واحد من هذه الخمسة، أو تمكنت فيه شبهة العدم، فلا يثبت الإحصان؛ لأن الشبهة ملحقة بالحقيقة في الباب[1].

وحقيقة كلامه متى كان قذفًا ومجازه، لا يكون حمل على مجازه درءًا للحد، وإن كان بمجازه يكون قذفًا، وبحقيقته لا يكون، عمل لحقيقته لما ذكرنا[2].

وإن قذف حيًّا محصنًا، توقَّف على دعواه ومطالبته[3]، سواء كان حاضرًا أو غائبًا؛ لأنَّ له فيه حقًّا، فإن مات قبل الطلب، أو بعده، أو بعد القضاء قبل الحد، أو بعد ما أقيم بعضه، بطل عندنا، خلافًا للشافعي، بناء على أنَّ حدَّ القذف لا يورث عندنا[4]، وعنده: يورث، بناءً على أنَّ المغلب فيه حق الله تعالى عندنا، وعنده: حق للعبد[5]، ولهذا يتوقف على طلبه، لكن فوِّض إلى الإمام إقامته؛ لكيلا يتعدى في الإقامة لغيظ لحقه، بخلاف القصاص، حيث لا يفوض إلى الإمام؛ لأنه لا يتجزأ، فلا يقبل التعدي في ذلك[6].

= قال الحافظان: أبو الفرج الجوزي، وابن حجر: والصواب أنه موقوف. ينظر: التحقيق في أحاديث الخلاف (٢/ ٣٢٥)، الدراية في تخريج احاديث الهداية (٢/ ٩٩).

(١) قاعدة فقهية واردة في كثير من كتب الفقه الحنفي وقواعده: (أن الشبهة ملحقةٌ بالحقيقة في محل الاحتياط). ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٩٨)، كشف الأسرار (٣/ ٣٢٨)، فتح القدير (٦/ ١٣٩).

(٢) ينظر: تحفة الفقهاء (٣/ ١٤٥).

(٣) ينظر: مختصر القدوري (١/ ١٩٩)، المبسوط (٩/ ٤)، بدائع الصنائع (٧/ ٤٨)، الجوهرة النيرة (٢/ ١٥٢)،

(٤) قال الجصاص في شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٢١٤): «لو كان الحد موروثًا عنه، لجرى فيه سهام المواريث، فترثه أخته، وزوجته، وسائر من يرث ماله، فلما اتفق الجميع على أن لا حقّ لهؤلاء في المطالبة به بعد الموت، صح أنه غير موروث».

(٥) ينظر: الأم (٧/ ٥٩)، نهاية المطلب (١٥/ ٣٦)، البيان (١٢/ ٤١٨)، روضة الطالبين (٨/ ٣٢٦)، أسنى المطالب (٣/ ٣١٥)، مغني المحتاج (٥/ ٥٩).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ٧).

ولنا: أنَّ المغلب فيه حق الله تعالى؛ لأنه يسمى حدًّا، والحد حقُّ الله، ويفوض إقامته إلى نائبه، ويتنصف بالرق، وحق العبد لا يتنصف بالرق، بل يتقدر/، بقدر المتلف؛ ولأنه يجب بإشاعة الفاحشة، والإشاعة محرمةٌ حقًّا لله، فكذا جزاؤها، لكن فيه حق العبد؛ لأنَّه شرع لدفع الشين عنه صيانةً لما وجهه، لكنه مغلوب بحق الله، فمن حيث إنه حقه، يتوقف على دعواه وطلبه، ومن حيث إن الغالبَ حق الله، لا يملك إسقاطه بالعفو ولا إبراءه، ولا صلح عنه على مال بعد الثبوت[1]. (١٧٢/أ)

ولو صالح على مال، أو عفا قبل الطلب، لا يصح، ويرد المال، وله أن يطالب بعد ذلك، ولأنه حق الله تعالى فلا يملك إسقاطه والعفو عنه، خلافًا للشافعي.
وإن مات لا يورث عنه؛ لأن الإرث لا يجري في حقوق الله.

ولو اجتمعت يكتفي بواحد عندنا[2]، خلافًا للشافعي[3]، قياسًا على سائر الحدود التي هي حق الله.

وإن قذف ميتًا محصنًا بعد الموت، يجب الحدّ ابتداءً لا بطريق الإرث، ولولده أو والده أن يأخذ به[4]؛ لأن القذف تناوله معنى؛ لأن بينهما جزئية وبعضية، ولهذا يقتصر ثبوتُ حقِّ الطلب على الوالدين والمولودين ولا يتعداهم، لعدم تعدي الجزئية والبعضية[5]، ولهذا يستوي فيه الأقرب، والأبعد، فإنه قال: لابن

---

(١) ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٤/ ٩٥).
(٢) أي: لو قذف جماعة في كلمة واحدة. ينظر: المبسوط (٩/ ١١١).
(٣) وهو الصحيح من مذهبه، وهو قوله الجديد. وفي قوله القديم: يجب حد واحدًا. ينظر: الأم (٧/ ١٦٢)، مختصر المزني (٨/ ٣٦٩)، تحفة المحتاج (٨/ ٢٢٣).
(٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٢١٤).
(٥) لأن قذف الإنسان يكون قذفًا لأجزائه، فكان القذف بهم من حيث المعنى، والبعضية لغة: =

الابن أن يطالب بالحدِّ مع قيام الابن.

ويستوي فيه الوارث وغيره، حتى يستوي في ذلك ابن الابن وابن البنت، لمساواتهم في الجزئية والبعضية(١).

إذا عرف هذا نقول:

[قذف امرأة معها ولد لا يعرف له أب]

قال: رجل قذف امرأة لها ولد، لا يعرف له [أب](٢)، لا يحد(٣)؛ لأنَّ الولد الذي لا يعرف له أب أمارة الزِّنا، فأورث شبهة الزِّنا في حقها، والشبهة ملحقة بالحقيقة، فلم تكن محصنة، وكذلك إذا قذف ملاعنة بولد؛ لأن الولد الذي لا نسب له من أبيه أمارة الزنا، وكذلك إذا قذفها بعد موت الولد؛ لأن الأمارة لم تتبدل بالموت ولم يظهر أنه لم يكن لها ولد غير ثابت النسب.

وإن قذف ملاعنة بغير ولد، حُدَّ؛ لأن أمارة الزنا مفقودة، واللعان أقيم مقام حدّ القذف في حق الزوج، وأنه مؤكد لوجوب حدِّ القذف(٤).

[وطئ جارية مشتركة، ثم قذفها]

ولو قذف رجلاً وطئ جارية بينه وبين غيره، لم يحدّ؛ لأن وطأه لاقى ملكه في النصف، وملك غيره في النصف، فكان زنا من وجه، والزنا من وجه يلحق بالزنا من كل وجه، فلم يكن محصنًا حين قذف(٥).

= مصْدر صناعيّ من البعْض، وبعضُ الشَّيْءِ: الطَّائفةُ منه، وبعضُهُمْ يقُول: الْجزءُ منْه، والجمعُ: أبْعَاضٌ. ينظر: التعريفات (١/ ٤٦)، الكليات (١/ ٢٤٥).

(١) ينظر: المبسوط (٩/ ١١٢)، بدائع الصنائع (٧/ ٥٥)، البحر الرائق (٦/ ٣٨).

(٢) سقط في الأصل، والتصويب من الجامع الصغير (١/ ٢٨٨).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٨٨)، خزانة الفقه (١/ ٢٨٠)، شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٢٣٤)، المبسوط (٧/ ٥٣).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٨٨)، المبسوط (٧/ ٥٣)، بدائع الصنائع (٣/ ٢٤٩)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٦١).

(٥) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٨٩).

[قذف مسلمة زنت في نصرانيتها]

ولو قذف مسلمة زنت في نصرانيتها، لم يحد؛ لأن بالإسلام لم يظهر أنها لم تزنِ، فلم يوجد قذف المحصنة(١).

[قذف المكاتب بعد موته عن وفاء]

ولو قذف مكاتبًا مات عن وفاء، لم يحد(٢)؛ لأن شبهة العدم في إحصانه تمكنت؛ لأن العلماء اختلفوا في موته حرًّا، فأورث اختلافهم شبهة العدم في حريته، والشبهة ملحقة / بالحقيقة. (١٧٢/ب)

ولو قذف رجلاً أَتَى أمته وهي أخته من الرضاعة، لم يُحد؛ لأنَّ الحرمةَ مؤبدةٌ، فلا يجامع ملك المتعة، فكان وطؤه زنا من وجهٍ، والزنا من وجهٍ، ملحق بالزنا من كل وجه، فلم يوجد قذف المحصن(٣).

[من وطأ وطئا حراما في ملكه حد قاذفه]

ولو قذف رجلاً أتى أمته المجوسية، أو امرأته الحائض، أو مكاتبته، حُد(٤)؛ لأنَّ وطأه صادَفَ ملكه؛ لأنَّ الحرمةَ مؤقتةٌ، وأنها لا تنافي ملك المتعة، فلم يكن فعله زنا، قال تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ﴾(٥).

وعن أبي يوسف(٦): وطءُ مكاتبته يبطل إحصانه، وهو قول زفر؛ لأنَّ ملكَه كالزائل عنها، بدليل وجوب العُقر عليه بوطئها، فتمكنت شبهةُ الزنا في وطئه.

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٨٩). مختصر الطحاوي (١/ ٢٦٦)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٨٢).

(٢) وهو ظاهر المذهب. وقيل: لا يسقط به الإحصان، وهو اختيار الكرخي رَحِمَهُ ٱللَّهُ. ينظر: المبسوط (٩/ ١١٦). شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٨٢).

(٣) ينظر: شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٨٢)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ٩٥)، البحر الرائق (٥/ ٣٦).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٨٩)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٦٨)، المبسوط (٩/ ١١٦)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٨٢).

(٥) سورة المؤمنون، جزء من الآية: (٦).

(٦) وهي إحدى الروايتين عنه رَحِمَهُ ٱللَّهُ. ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٢٤٠)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٦٢).

ولنا: أنها مملوكة ذاتًا، لا يدًا، والملك مطلق للوطء، إلا أنه منع عن وطئها لما فيه استرداد اليد أفاد المحرم استرداد اليد لا نفس الوطء، فلم يكن زنا من وجه، فلا يبطل إحصانه عند أبي حنيفة.

وعند صاحبيه: يبطل؛ لأنَّ الحرمةَ بائنة مؤبدةٌ، فأشبه وطء أخته من الرضاعة.

ولنا: أن العلماء اختلفوا في ثبوت حرمة المصاهرة، فأورث ذلك شبهة الحل، فلم يبطل إحصانه.

[أقر بولد ثم نفاه مدعيا بأنه من زنا]

رجلٌ: أقرّ بولد ثم نفاه، لاعن؛ لأنه لما أقر به أولا ثبت نسبه منه، فإذا نفاه بعد ذلك، فقد قذف أمه، فيجب اللعان[١]. ولو نفاه أولًا، بأن قال: ليس هذا ابني، حُدّ؛ لأنَّ لما نفاه أولًا وجب اللعان، فإذا أقرَّ بعد ذلك بطل اللعان؛ لأنه أكذب نفسه، واللعان إنما أقيم مقام الحد في حقه ضرورة عند التكاذب، ولا تكاذب عند إكذاب نفسه، فبطل اللعان، ووجب الحد[٢].

ولو قال: ليس هذا بابني، وابنك، فلا حَد؛ لأنَّ هذا ليس بقذف، وإنما هذا إنكار الولادة، تقديره: أنك ما ولدتيه، وإنه لا يكون قذفًا.

[قذف المجوسي الناكح لمحارمه]

ولو قذف مجوسيًّا تزوج بأمه، ثم أسلم، حد عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه: لا يحد[٣]، بناءً على أنَّ الذميَّ إذا تزوج بمحارمه، صحَّ عند أبي حنيفة، حتى إنها إذا طلبت النفقه يقضي بنفقتها عليه.

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٨٩)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٦٣)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٨٣).

(٢) ينظر: شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٨٣)، كنز الدقائق (١/ ٣٥٧)، النهر الفائق (٣/ ١٦٢)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٤).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٨٩)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٦٨)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٥٩)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ٩٥).

والدخول في النكاح الصحيح، لا يسقط الإحصان، وعند صاحبيه: فاسد. والدخول في النكاح الفاسد يبطل الإحصان، وهذا إشارة إلى أن الدخول في النكاح الفاسد يسقط الإحصان بالاجماع[(١)].

[من قال لرجل: يا زانٍ، فرد عليه نفس القول]

ولو قال: يا زانٍ، فقال: لا بل[(٢)] أنت، حُدّا[(٣)]؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما قذف صاحبَه، لأن قوله: بل أنت، عطف على الأول، فيكون خبرُ الأول، خبرًا له، فيصير تقديره: لا، بل أنت زانٍ، كما في قوله: جاءني زيدٌ، لا بل عمرٌو؛ أي: لا، بل عمرو جاءني.

[من قال لامرأته: يا زانية، فردت عليه بمثل قوله]

ولو قال لامرأته: يا زانيةُ، فقالت: لا، بل أنت، حُدتِ المرأةُ[(٤)]؛ لأنَّ كلَّ واحد منهما / قذف صاحبه بالزنا؛ لما بينا، وقذف الزوج امرأتَه يوجب اللعان، وقذف المرأة زوجَها، يوجب الحدّ، فلا بدَّ من تقديم أحدهما، فإن قدمنا حدَّ المرأة، بطل اللعان؛ لأنها تصير محدودةً في القذف، واللعان لا يجري بين زوجين، أحدهما محدودٌ في القذف؛ لما بيَّنا أنَّ اللعان شهادةٌ، وإن قدمنا اللعان، لا يبطل الحد، فقدمنا الحد ودرئ اللعان[(٥)]. (١٧٣/أ)

---

(١) ينظر: المبسوط (٩/ ٤٥)، بدائع الصنائع (٢/ ٣١٢)، الجوهرة النيرة (٢/ ١٥٠)، مجمع الأنهر (١/ ٥٦٣)

(٢) كلمة: (بل)، كلمة استدراك وإثبات لما نفاه عن نفسه. قال السرخسي في أصوله (١/ ٢١٠): «وَأما حرف (بل)، هو لتدارك الْغلط بِإِقامة الثَّانِي مقام الأول، وإِظْهار أَنَّ الأولَ كان غلطًا، فإِن الرجل يَقُول: جاءَنِي زيدٌ بل عَمْرٌو، أَو لا بل عمْرو، فَإِنَّما يفهم منْه الْإِخْبار بمجيء عَمْرو خاصَّة». ينظر: توضيح المقاصد والمسالك، بشرح ألفية ابن مالك لبدر الدين المرادي (٢/ ١٠٢٢).

(٣) ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٦٨)، بدائع الصنائع (٧/ ٤٣)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٦٦)، كنز الدقائق (١/ ٣٥٧).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٩٠)، شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٢٣٨)، المبسوط (٧/ ٥٠)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٨٣).

(٥) ينظر المسألة- مع تعليلاتها- في: بدائع الصنائع (٧/ ٤٣)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٥٨)، المحيط البرهاني (٥/ ٣٣١)، النهر الفائق (٣/ ١٦٠).

ولو قالت: زنيتُ بك، فلا حدَّ ولا لعان؛ لأنه يحتمل أنها أرادت الزنا قبل النكاح، ويحتمل أنها أرادته بعده، فإن أرادت به قبله، فلا حد على الرجل؛ لأنها صدقته في قذفه، وعليها الحد؛ لأنها قذفته وما صدقها الزوج في قذفها، وإن أرادت به بعده، فلا حد؛ ولأن الزنا لا يتحقق في المنكوحة؛ كأنها تقول: إن كان هذا زنا، فزناي معك، فإذا وقع الشكُّ في الوجوب، فلا يجب مع الشك[١].

[من قال لشخص: لست بابن فلان]

ولو قال: ليس بابن فلان لأبيه الذي يدعى به، إن قاله: في حال غضب، حد، وإن قاله في غير حال الغضب، لم يحد[٢]؛ لأنه يستعمل للقذف ويستعمل لنفي النسبية لأبيه في أخلاقه، تقديره: أخلاقك لا تشبه أخلاقَ أبيك[٣]، فحكَّمنا الحالةَ؛ لأنَّ حالةَ الغضب تدلُّ على القذف، وحالةَ غيره لا تدلُّ[٤]. وذكر في (التجريد) إذا قال: لست بأبيك، يُحد[٥]؛ لأنه لا يستعمل لغير القذف.

ولو قال: ليس هذا بأبيك، إن كان في حال الغضب حُد، وإن كان في حال الرضا أو استفهام، لم يُحد[٦]؛ لأنَّ حرف الاستفهام يحذف من الكلام، فيصير تقديره: أليس هذا بأبيك؟

---

(١) ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٦٨). شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٢٣٨)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٨٣).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٩٠)، مختصر القدوري (١/ ١٩٩)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٦٧)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٥٦).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٢٣٥)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٨٤)، بدائع الصنائع (٧/ ٤٤).

(٤) أي: يراد به المعاتبة.

(٥) ينظر: المبسوط (٩/ ١٢٢)، تحفة الفقهاء (٣/ ١٤٤)، بدائع الصنائع (٣/ ٢٣٩)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٥٦).

(٦) ينظر:الجامع الصغير (١/ ٢٩٠)، تحفة الفقهاء (٣/ ١٤٤)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٨٤) .

ولو قال: لست لأبيك وأمك، لم يُحد؛ لأنَّ هذا نفيُ الولادة، فلا يكون قذفًا.

[نسبة الولد إلى العم أو الخال أو الجد]

ولو قال: لست بابن فلان لعمه، أو خاله، أو لزوج أمه، لا يُحد[١]؛ لأنَّه أبوه مجازًا، قال تعالى: ﴿نَعْبُدُ إِلَٰهَكَ وَإِلَٰهَ ءَابَآئِكَ إِبْرَٰهِـۧمَ وَإِسْمَـٰعِيلَ﴾[٢] وإسماعيل كان عم يعقوب، ولم يكن أباه[٣]. وقال تعالى: ﴿وَرَفَعَ أَبَوَيْهِ عَلَى ٱلْعَرْشِ﴾[٤]، وكانت خالته ولم تكن أمه[٥]. قال تعالى: خبرًا عن نوح: ﴿إِنَّ ٱبْنِى مِنْ أَهْلِى﴾[٦] ولم يكن ابنه من صلبه، وإنما كان ابن امرأته من رجل آخر[٧]. ولو قال: لستَ بابن فلان لجده، لا يُحد؛ لأنه صادقٌ في كلامه؛ لأن جده ليس بابنه حقيقة، وإنما سمي أبًا مجازًا[٨].

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٩٠)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٦٨)، مختصر القدوري (١/ ١٩٩)، كنز الدقائق (١/ ٣٥٦).

(٢) الآية بتمامها: قوله تعالى: ﴿أَمْ كُنتُمْ شُهَدَآءَ إِذْ حَضَرَ يَعْقُوبَ ٱلْمَوْتُ إِذْ قَالَ لِبَنِيهِ مَا تَعْبُدُونَ مِنۢ بَعْدِى قَالُوا۟ نَعْبُدُ إِلَٰهَكَ وَإِلَٰهَ ءَابَآئِكَ إِبْرَٰهِـۧمَ وَإِسْمَـٰعِيلَ وَإِسْحَـٰقَ إِلَٰهًا وَٰحِدًا وَنَحْنُ لَهُۥ مُسْلِمُونَ﴾ [البقرة:١٣٣].

(٣) ينظر تفسير الآية الكريمة في: أحكام القرآن للجصاص (١/ ١٠٠)، المبسوط (٩/ ١٢٢)، بدائع الصنائع (٧/ ٤٤).

(٤) الآية بتمامها: قوله تعالى: ﴿وَرَفَعَ أَبَوَيْهِ عَلَى ٱلْعَرْشِ وَخَرُّوا۟ لَهُۥ سُجَّدًا ۖ وَقَالَ يَـٰٓأَبَتِ هَـٰذَا تَأْوِيلُ رُءْيَـٰىَ مِن قَبْلُ قَدْ جَعَلَهَا رَبِّى حَقًّا ۖ وَقَدْ أَحْسَنَ بِىٓ إِذْ أَخْرَجَنِى مِنَ ٱلسِّجْنِ وَجَآءَ بِكُم مِّنَ ٱلْبَدْوِ مِنۢ بَعْدِ أَن نَّزَغَ ٱلشَّيْطَـٰنُ بَيْنِى وَبَيْنَ إِخْوَتِىٓ ۚ إِنَّ رَبِّى لَطِيفٌ لِّمَا يَشَآءُ ۚ إِنَّهُۥ هُوَ ٱلْعَلِيمُ ٱلْحَكِيمُ﴾ [يوسف:١٠٠].

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٢٣٧).

(٦) الآية بتمامها قوله تعالى ﴿وَنَادَىٰ نُوحٌ رَّبَّهُۥ فَقَالَ رَبِّ إِنَّ ٱبْنِى مِنْ أَهْلِى وَإِنَّ وَعْدَكَ ٱلْحَقُّ وَأَنتَ أَحْكَمُ ٱلْحَـٰكِمِينَ﴾ [هود:٤٥].

(٧) وقيل: أنه ابنه من صلبه، وهو قول جمهور العلماء. ينظر المسألة- مع الخلاف- في: أحكام القرآن للجصاص (٤/ ٣٧٨)، بدائع الصنائع (٧/ ٤٤)، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٩/ ٤٦)، تبيين الحقائق (٣/ ٢١١).

(٨) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٢٣٧).

[القذف بأي لسان كان يوجب الحد]

ولو قال: زنأت في الجبل مهموزًا، وعنى به الصعود، حُد عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وعند محمد: لا يُحد(١)؛ لأنَّ الزنا مهموزًا يستعمل للصعود(٢)، أكثر ما في الباب، أنه يقال: صعد على الجبل، ولا يقال: صعد فيه، لكن حروف الصفات تتناوب(٣)، الدليل على أنه يستعمل للصعود، قول / لبيد(٤): (١٧٣/ب)

.... وَارْقَ إِلَى الْخَيْرَاتِ زَنْئًا فِي الْجَبَلِ(٥)

أي: صعودًا فيه.

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٩٠)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٦٨)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٨٤).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٩٠)، مختصر اختلاف الفقهاء للطحاوي (٣/ ٣١٨)، تحفة الفقهاء (٣/ ١٤٥).

(٣) من القواعد عند أهل اللغة: أن أكثر حروف الصفات يقوم بعضها مقام البعض. وهو مذهب نحاة الكوفة، وخالفهم نحاة البصريون. ينظر: الفصول في الأصول (١/ ٩٥)، البحر المحيط (٣/ ٩٧).

(٤) القائل: هو لبيد بن ربيعة العامري، أبو عقيل، أحد الشعراء الفرسان الأشراف في الجاهلية، أدرك الإسلام ويُعد من الصحابة، ولم يقل في الإسلام إلا بيتًا واحدًا:

أَلَا كُلُّ شَيْءٍ مَا خَلَا اللهَ بَاطِلٌ ....

توفي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أول خلافة معاوية رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وهو ابن (١٥٧) سنة. ينظر ترجمته في: الاستيعاب (٣/ ١٣٣٥)، أسد الغابة (٤/ ٤٨٢)، الإصابة (٥/ ٥٠٠).

(٥) لم أجد شعره هذا في المطبوع من ديوانه، ولكنه موجود في لسان العرب (١/ ٩١)، ونسبه لقيس بن عاصم المنقري. وصدر البيت:

أَشْبِهْ أَبَا أُمِّكَ، أَوْ أَشْبِهْ حَمَلْ يُصْبِحُ فِي مَضْجَعِهِ قَدِ انْجَدَلْ

لهما: أن قوله: زنأت يحتمل الزنا والصعود، وفي لا يحتمل الصعود، فيحمل المجمل على المحكم[١].

[قذف الأمة أو أم الولد]

ولو قال لأمته، أو أم ولد: يا زانية، يعزر ويبلغ في التعزير أقصاه؛ لأنه قذفها بالزنا، لكن لم يجب الحد لعدم الإحصان، فيبلغ في التعزير أقصاه[٢].

ولو قال لمسلم: يا سارق أو يا خبيث أو يا فاسق، عُزر[٣]، والخيرة إلى الإمام في تعيين التعزير[٤]؛ لما مرَّ.

[من له احق المطالبة بحد القذف]

ولو قذف أم عبد ماتت حرّة، أو أم نصراني ماتت مسلمة، فلابنها أن يأخذ بحدها عندنا[٥]، وعند زفر: ليس له ذلك؛ لأن قذفه لا يوجب الحد، فقذف غيره أولى.

قلنا: إنما لا يوجب قذفه الحد؛ لأنه غير محصن، وقذف غيره يوجب، لأنها محصنة.

---

(١) هذه قاعدةٌ مشهورةٌ عند الأصوليين من فقهاء الحنفية. حيث يُقضى بالمُحْكَم والمُفَسَّر على الظاهر والمُجمل. ينظر: أصول البزدوي (١/ ٧٤)، بدائع الصنائع (١/ ٢٨)، ترتيب اللآلي (٢/ ١١١٣).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ٦٤).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٩١)، خزانة الفقه (١/ ٢٨٠)، مختصر القدوري (١/ ٢٠٠)، تحفة الفقهاء (٣/ ١٤٨).

(٤) من القواعد الفقهية المندرجة تحت هذه المسألة: **(أن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة)**. تنظر هذه القاعدة في:المنثور في القواعد (١/ ٣٠٩)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (١/ ٢٢١)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/ ١٠٤)، ترتيب اللآلي (١/ ٥١٨)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب (١/ ٤٩٣).

(٥) بمعنى أن العار إنما يتعدى إليه من قبل الأم، فيتعدى بالصفة التي كانت في الأم، ويصير التقدير؛ كأنه محصن. ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٦٧)، خزانة الفقه (١/ ٢٩٠)، مختصر القدوري (١/ ١٩٩)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٨٥)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ١٧٠).

[مطالبة العبد سيده بحد القذف]

ولو كان القاذف مولى العبد لا يأخذ بحدها؛ لأن الحد عقوبةٌ، والعبد ليس له أن يعاقب مولاه، ولهذا لا يقتل المولى بعبده[١].

ولو قذف أم ولد ماتت حرة ولها منه ولد، ليس لولده أن يأخذ بحدها؛ لأنه ليس للولد أن يعاقب أباه، ولهذا لا يقتل الوالد بالولد[٢]، لأنه مأمورٌ بمصاحبته بالمعروف، وليس من المصاحبة بالمعروف معاقبته[٣].

[توارث حد القذف]

ولو قذف حيًّا محصنًا فمات قبل الطلب، أو بعده، يبطل الحد عندنا[٤]، خلافًا للشافعي[٥]، بناء على أن حدَّ القذف لا يورث عندنا، وعنده يورث.

ولو قذف ميتًا محصنًا، فلولده أو والده أن يأخذ بالحد؛ لما مرَّ: أن القذف يتناول الولد معنى، فيجب الحد ابتداء.

---

(١) ينظر: شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٨٥)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٢٥)، مجمع الانهر (٢/ ٦١٩).

(٢) مراد الشارح هو ما جاء من عمر رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ عن النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ حديث: «لا يقاد والدٌ بولده، ولا سيدٌ بعبده»، والحديث روي من طرق كثيرة، عن عمر بن الخطاب وعبدالله بن عباس وعبدالله بن مسعود رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا وغيرهم، وبألفاظ متفاوتة، وأقرب ما جاء مستجمعًا معاني هذا اللفظ: ما أخرجه الحاكم في مستدركه (٢/ ٢٣٤ ح ٢٨٥٦) (٤/ ٤٠٩ ح٨١٠١)، بسنده عن ابن عباس، عن عمر بن الخطاب رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ أنه قال: «... والذي نفسي بيده لو لم أسمع رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ يقول: «لَا يُقَادُ مَمْلُوكٌ مِنْ مَالِكِهِ وَلَا وَلَدٌ مِنْ وَالِدِهِ» لأَقَدْتُها منك...» في قصة طويلة، وقد أفاض في ذكر طرق الحديث الزيلعي، في نصب الراية (٤/ ٣٣٩)، وابن الملقن في البدر المنير (٨/ ٣٧٢)، وابن حجر في الدراية (٢/ ٢٦٤)، والألباني في إرواء الغليل (٧/ ٢٧١)، وصححه بمجموعها.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ٦٣)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ٩٦)، العناية شرح الهداية (٥/ ٣٤٧).

(٤) بناءا على أن المغلب فيه حق الله. ينظر قول المذهب ص(٢٤٧).

(٥) وذلك لأن المغلب فيح حق الله تعالى. ينظر:المبسوط (٣٠/ ١٦٤)، بدائع الصنائع (٧/ ٥٥)، الجوهرة النيرة (٢/ ١٥٨).

[حد القذف على المستأمن]

حربيٌّ دخل دارنا بأمان، فقذف مسلمًا حُد؛ لأنَّ فيه حقَ العبد، وأنه يؤخذ بحقوق العباد(١).

[شهادة الذمي]

ذميٌّ قذف فحُد، بطلت شهادتُه على أهل الذمة؛ لأن له شهادةً على أهل الذمة فأبطلها حدُّ القذف، ولو أسلم بعد ذلك، تجوز شهادته على المسلم؛ لأنه لم يكن له شهادةٌ على المسلم حتى تبطلَ بالحد، وإنما حدثت له شهادة على المسلم بالإسلام وكذلك إذا أسلم بعدما قضي عليه بالحد، أو أقيم عليه بعضه؛ لأن القدرَ الذي أقيم بعد الإسلام ليس بحدٍّ(٢).

❋ ❋ ❋

(١) ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٦٦)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٨٦)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ١٧١).

(٢) ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٦٦)، مختصر القدوري (١/ ٢٠٠)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٨٦)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ١٧١).

باب مسائل من السرقة

الأصل: قوله عليه الصلاة والسـلام: «ادرؤوا الحدود بالشبهات»[(١)].

فإذا عرف هذا نقول:

[تداخل حد القذف]

قال: رجل سرق، أو زنا، أو شرب الخمر، وحد، فهو لذلك كله[(٢)]؛ لأن هذه الحدود واجبة حقًّا لله شرعت للزجر، واحتمال حصول الزجر بالأول قائم؛ فتمكنت شبهة عدم حصول الزجر بالباقي، والشبهة ملحقة بالحقيقة، فلا يقام الباقي لعدم الفائدة.

---

(١) الحدبث أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود (٤/ ٣٣٤ ح ١٤٢٤)، والدارقطني (٣/ ٨ ح٨)، كتاب الحدود والديات؛ والحاكم، في المستدرك، كتاب الحدود (٤/ ٤٢٦ ح٨١٦٣)، والبيهقي، في السنن الكبرى، باب: ما جاء في درء الحدود بالشبهات (٨/ ٢٣٨ ح ١٦٨٣٦)، كلهم من طريق يزيد بن زياد الدمشقي، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قالت: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: « **ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام إن يخطئ في العفو، خير من أن يخطئ في العقوبة**». قال الترمذي: سنده ضعيف. وكذا قال البيهقي. وأخرجه الدارقطني، كتاب الحدود والديات (٣/ ٨ ح ٩)، والبيهقي كتاب الحدود: باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات (٨/ ٢٣٨) كلاهما من طريق مختار التمار عن أبي مطر عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «**ادرؤوا الحدود**». قال البيهقي في هذا الإسناد: ضعف. وعلى كل حال فالحديث تلقت الأمة معناه بالقبول، قال ابن الهمام في فتح القدير (٥/ ٢٣٧): «تلقته الأمة بالقبول، وفي تتبُّعِ المرويّ عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والصحابة ما يقطع في المسألة». وينظر: البدر المنير (٨/ ٦١١).

(٢) المقصود بجنايات اتحد جنسها، أما الجنايات المختلفة؛ كمن سرق، وقذف؛ فإنه يحد لكل واحد على حِدة. ينظر: شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٨٦)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٧٦).

ولو قذف غير مرة، فكذلك عندنا[١]، وعند الشافعي: إن قذف غير الأول، أو الأول / بزنا آخر، لا يتداخلان، بناء على أن المغلب في حد القذف حق الله عندنا، فأشبه حد الشرب، وعنده المغلب حق العبد، فلا يتداخل.[٢] (١٧٤/أ)

[فيمن سرق سرقات مختلفات]

رجلٌ سرق سرقات من قوم، إن خاصم أرباب السرقات كلهم فقُطع، أجزأ هذا القطع عن الكل؛ لأنَّ حدَّ السرقة حقُّ الله تعالى، فإذا اجتمعت، تداخلت، لما بينا من تمكن شبهة عدم الفائدة فيما عدا الواحد[٣].

وإن خاصم واحد منهم، فكذلك عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه: يقع القطع عن الذي خاصم، ويضمن للذين لم يخاصموا[٤]؛ لأنَّ الخصومةَ شرطٌ، ولم يوجد في حق غيره، لأن الحاضرَ ليس خصمًا عن الغائب في الخصومة[٥]، فثبتت السرقة في حقه، دون غيره.

ولنا: أنَّ حدَّ السرقة حقُّ الله تعالى، والخصومةُ شرطُ ظهورها عند القاضي، ليتمكن من إقامته، ويصح التكليف به، وقد وجدت، فثبتت السرقات فتداخلت، لما بينّا من تمكن الشبهة فيما عدا الأول.

---

(١) المقصود بجنايات اتحد جنسها، أما الجنايات المختلفة الجنس فهي كما لو سرق وزنا وقذف فإنه يحد لكل واحد على حده. ينظر: شرح الجامع الصغير للصدر (١/ ٣٨٧)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ١٧٦)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ٩٦)، الجوهرة النيرة (٢/ ١٥٨).

(٢) سبق ذكر المسألة.

(٣) ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٦٧)، مختصر القدوري (١/ ٢٠٣)، شرح الجامع الصغير للصدر (١/ ٣٨٧)، بدائع الصنائع (٧/ ٨٣).

(٤) قال الطحاوي رَحِمَهُ اللَّهُ في مختصره (١/ ٢٧٠): «وبه نأخذ».

(٥) تنظر هذه القاعده في: بدائع الصنائع (٦/ ٢٣٦)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ١٩٠)، فتح القدير (٦/ ١٤٤).

[السارقان يقران بسرقة مال ثم يدعي أحدهما أنه ماله]

رجلان أقرَّا بسرقة مائة درهم، ثم قال: أحدهما هو مالي، لم يقطعا؛ لأنَّ الشركة ثبتت[1] بإقرارهما، وقد بطل الحدّ عن الراجع، فأورث ذلك شبهة العدم في حق شريكه[2].

[لو غاب أحد المشتركين في السرقة]

رجلان سرقا فغاب أحدهما، فشهد اثنان على سرقتهما، قطع الحاضر في قول أبي حنيفة الأخير[3]، وهو قول أبي يوسف، ومحمد؛ لأنَّ السرقةَ وإن لم تثبت في حق الغائب، لكنه عبارة عن العدم، والعدم لا يورث الشبهة في حق الآخر[4].

[سرقة الثوب الذي قطع فيه قبل ذلك]

رجلٌ سرق ثوبًا كان قطع فيه مرة، لم يقطع عندنا[5]، وقال الشافعيُّ: يقطع[6]؛ لأنَّ القطعَ حكم السرقة وقد تكررت السرقة، فيتكرر حكمها، ولهذا إذا سرق ثوبًا قطع في غزله، يقطع بالإجماع[7].

---

(١) أي: السرقة.

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٩٣)، شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٢٧٥)، بدائع الصنائع (٧/ ٨٨)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٧٧).

(٣) وجه قوله الأول بأن لا يقطع الحاضر؛ لأنه ربما يسقط القطع عن الغائب بشبهة، فتتعدى إلى الحاضر. شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ١٧٧).

(٤) ينظر: الجامع الصغير(١/ ٢٩٣)، شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٢٧٥)، شرح الجامع الصغير للصدر (١/ ٣٨٧)، البحر الرائق (٥/ ٧٠).

(٥) وفي إحدى الروايتن عن أبي يوسف يقطع، وهو القياس. وهو قول مشايخ خُراسان؛ لأن العصمة سقطت في حق الأول ضرورة وجوب القطع، وهذه الضرورة انعدمت في حق المشتري، فقد وجد دليل العصمة، وفَقَدَدليل سقوطها فبقيت معصومة، فإذا عادت إلى البائع عادت معصومة متقومة. ينظر:الجامع الصير (١/ ٢٩٣)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٧١)، الاختيار لتعليل المختار(١٤/ ١١٢).

(٦) ينظر: الحاوي الكبير (١٣/ ٣٣١)، نهاية المطلب (١٧/ ٢٦٩)، تخريج الفروع على الأصول (١/ ٧٨).

(٧) ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٧١)، مختصر القدوري (١/ ٢٠٢)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٨٧) .

قلنا: لا نسلم أنَّ السَّرقة قد تكررت. وبيانه: وهو أنَّ الشبهة قد تمكنت في العصمة الثابتة حقًّا للعبد، والشبهة ملحقة بالحقيقة.

وأخذ مال غير معصوم لا ينعقد سرقة. وبيانه: وهو أنَّ بالقطع تسقط عصمة العبد من ماله عندنا، فكان القطعُ دليلَ سقوطِ العصمة، وأنه باقٍ ببقاء أثره، فأورث ذلك شبهة العدم، والشبهة ملحقة بالحقيقة، بخلاف ما إذا قطع في غزله؛ لأنه تبدلت العين، فتبدل الملك، فتتبدل العصمة(١).

[خطأ الحداد أو عمده في قطع يسار السارق]

الحاكم إذا أمر الحداد(٢) بقطع يمين السارق، فقطع يساره، لم يضمن عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه إن أخطأ، فكذلك، وإن تعمد، يضمن؛ لأنَّ المجتهدَ إنما لا يضمن في خطئه، أمَّا في عمده فيضمن(٣).

ولأبي حنيفة: وإن أتلف اليسار لكنه أخلف خيرًا منها، ومن أتلف شيئًا وأُخلف خيرًا منه، لا يضمن(٤).

[إقرار العبد المحجور عليه بالسرقة]

عبدٌ محجورٌ(٥) عليه أقرَّ بسرقة عشرة دراهم بعينها، فكذبه المولى/ ، يقطع وترد العشرة إلى المسروق منه عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف: يقطع، والعشرة للمولى(٦). (١٧٤/ب)

---

(١) ينظر: شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٧٨)، اللباب في شرح الكتاب (٣/ ٢٠٩).
(٢) الحداد لغة: على وزن فعال الذي يقيم الحد؛ كالجلاد من الجلد، ومنه قوله: أجرة الحداد على السارق. ينظر: الصحاح (٢/ ٤٦٢).
(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٩٣)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٧٥)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٧٨)، البناية شرح الهداية (٧/ ٥٦).
(٤) تنظر المسألة مع المناقشة في: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٣٢٦).
(٥) الحجر لغة: المنع، ومنه حجر عليه القاضي في ماله، إذا منعه من أن يفسده فهو محجور عليه. وفي الاصطلاح: (منع من نفاذ تصرف قولي لا فعلي؛ لصغير ولرقيق ومجنون بتصرف). ينظر: المغرب (١/ ١٠٣)، التعريفات (١/ ٨٢).
(٦) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٩٤)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٧٥)، شرح الجامع الصغير، الصدر الشهيد (١/ ٣٨٨)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٧٩).

وعند محمد: لا يقطع والعشرة للمولى، وهو قول زُفر[١]، لأنَّ الأصل في الباب المال[٢] لأنَّ ركن[٣] السرقة أخذ مال، وإقرار العبد لا يجوز في الأصل، وهو المال، فكذا في بيعه، وهو القطع.

ولأبي يوسف: أن إقراره لا يجوز في المال، لتعلق حق السيد به، ولا حق للسيد في آدميته، ولهذا إذا أقرَّ على نفسه بالقصاص، يصح.

ولأبي حنيفة: أن الإقرار يصادف البقاء، والقطعُ أصلٌ في حال البقاء، ولهذا إذا هلك المال لا يسقط[٤]، فكذا إذا استهلك، وإقراره يصح في حق الأصل، فكذا في حق تبعه وهو المال[٥].

[هبة المالك المسروق للسارق بعد قضاء القاضي]

رجل: سرق فقضى القاضي عليه بالقطع، فوهبت له السرقة[٦]، لا يقطع عندنا[٧]، وعند الشافعي: يقطع[٨]؛ لأنَّ السرقة الموجبة للقطع ظهرت عند

---

(١) ينظر: الهداية شرح البداية (٢/ ٣٧٢).

(٢) الْمَال لغة: ما ملَكْته من جميع الْأَشْياء. وفِي الِاصْطلاح: (الْمال ما يميل إليه الطَّبْعُ، ويُمكن ادِّخـارُهُ لوقْت الْحاجة، منقولاً كـان، أو غير منقول). ينظر: النهاية في غريب الحديث (٤/ ٣٧٣)، البحر الرائق (٥/ ٢٧٧)، مجلة الأحكام العدلية (المادة: ١٢٦).

(٣) الركن لغة: الْجانبُ الْأقوى والْأمر الْعظيم. وفي الاصطلاح: (ما لا وجود لذلك الشيء إلا به). ينظر: أصول السرخسي (٢/ ١٧٤)، المغرب (١/ ١٩٧).

(٤) أي: القطع.

(٥) تنظر المسألة مع المناقشة في: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٣٢٨)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٧٢)، البناية شرح الهداية (٧/ ٦٦).

(٦) أي: سلمت إليه؛ لأن الهبة إذا لم تتصل بالتسليم والقبض لا يثبت الملك. البناية شرح الهداية (٧/ ٦٣).

(٧) خلافًا لزفر من الحنفية، وأبي يوسف في إحدي الروايتين عنه. ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٩٤)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٧١)، خزانة الفقه (١/ ٢٨٥)، مختصر القدوري (١/ ٢٠٢)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٨٩).

(٨) وهو المذهب عند الشافعية. ينظر: الأم للشافعي (٦/ ١٦٠)، الحاوي الكبير (١٣/ ٣٠٢)، المهذب، للشيرازي (٣/ ٣٦٣)، البيان، للعمراني (١٢/ ٤٨٢).

القاضي بحجة مطلقة وقضى به، فلا يسقط تملك المحل؛ كمن زنا بإمرأة ثم تزوجها، أو بأمة ثم اشتراها.

ولنا: أنَّ الإمضاء من القضاء في الباب(١)، وبالإجماع إذا ملك المسروق قبل القضاء لا تقطع(٢)، فكذا إذا ملكه بعد القضاء قبل الإمضاء؛ لأنَّ الموجودَ بعد القضاء قبل الإمضاء؛ كالموجود قبله.

والفقه فيه: وهو أن السرقة قائمة تقديرًا ما دام في محل السرقة؛ كسائر الأسباب، وإذا ملك محل السرقة حال قيام السرقة تقديرًا أورث شبهة الملك حال قيامها حقيقة، فظهر اختلال السبب، فظهر أنه لم يكن موجبًا للحد، وفي الزنا روايتان، وبعد التسليم لا يلزم؛ لأنه ليس بقائم تقديرًا؛ لأن محله ليس بقائم، وهو ما يستوفي بالوطء إنما القائم محل محله، والكلام فيه مستقصى في الخلاف.

[وجوب القطع من سرق من أمه من الرضاعة]

رجلٌ سرق من أمه من الرضاعة، قطع؛ لأنَّ الرضاع لا يتعلق به وجوب صلة ولا ثبوت حق، ولهذا إذا ملكها لا تعتق، وإذا ماتت لم يرثها، فصار كما لو سرق من الأجنبية في هذا الحكم(٣).

---

(١) المعنى: أن استيفاء الحد من تتمة قول القاضي حكمت أو قضيت بالقطع أو بالرجم أو بالجلد.

(٢) وحكى الإجماع القاضي خان في شرحه للجامع الصغير (١/ ١٨٠)، وكذا الزيلعي في تبيين الحقائق (٣/ ٢٣٠).

(٣) وهو ظاهر الرواية. ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٩٤)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٧٠)، شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٢٦٧)، المبسوط (٩/ ١٩٠).

[رجل خنق رجلاً فقتله]

رجل خنق رجلا فقتله، فعلى عاقلته[1] الدية عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه: عليه القود؛ لأنَّ هذا بمنزلة القتل بالمثقل، وفي القتل بالمثقل لا يوجب القود عنده، خلافًا لهما.

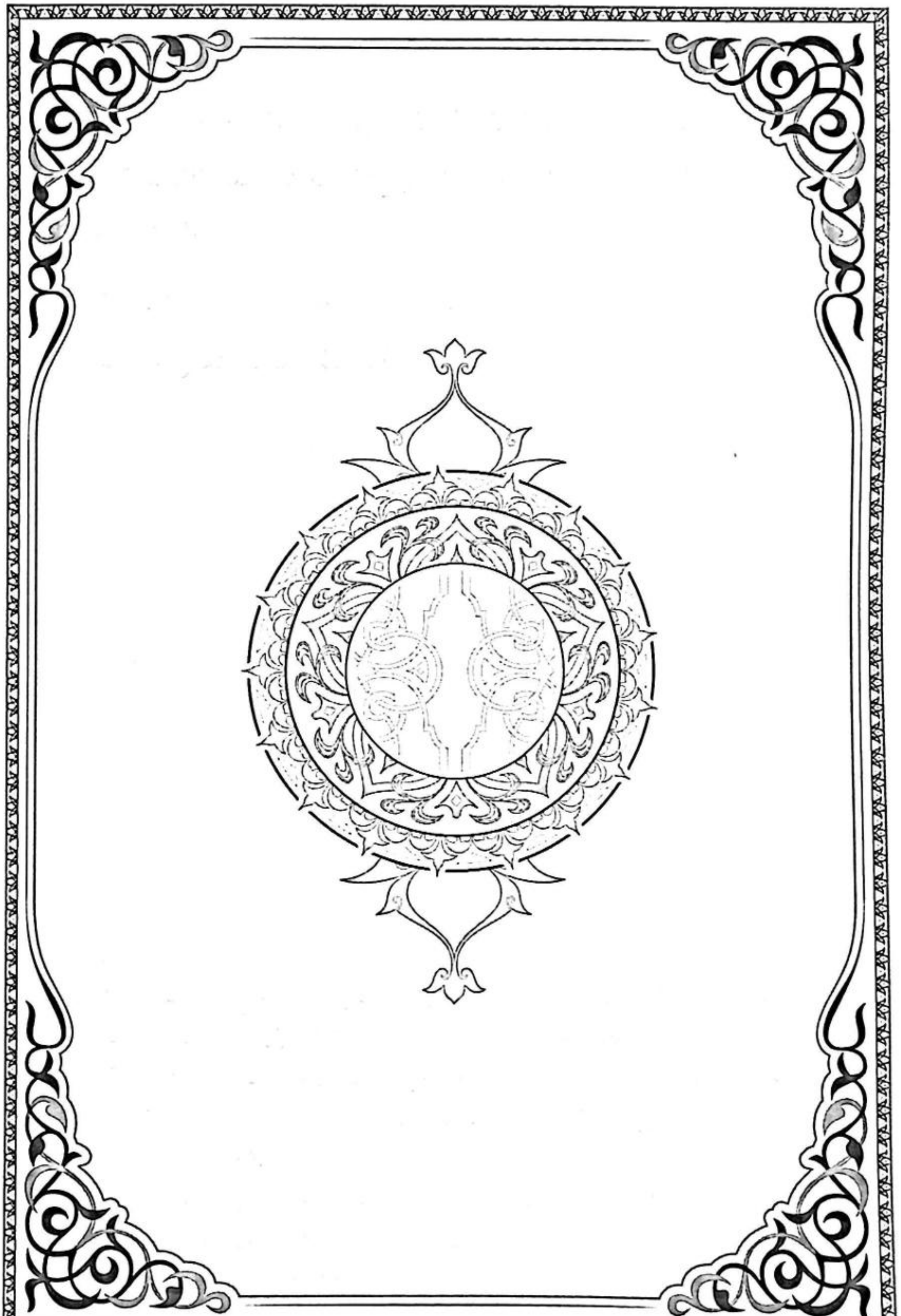
ولو خنقه في المصر غير مرة، قتل به -يريد به سياسة لا قصاصا[2]-؛ لأنَّ القصاص يعتمد المماثلة، وأنها مفقودة[3].

❋ ❋ ❋

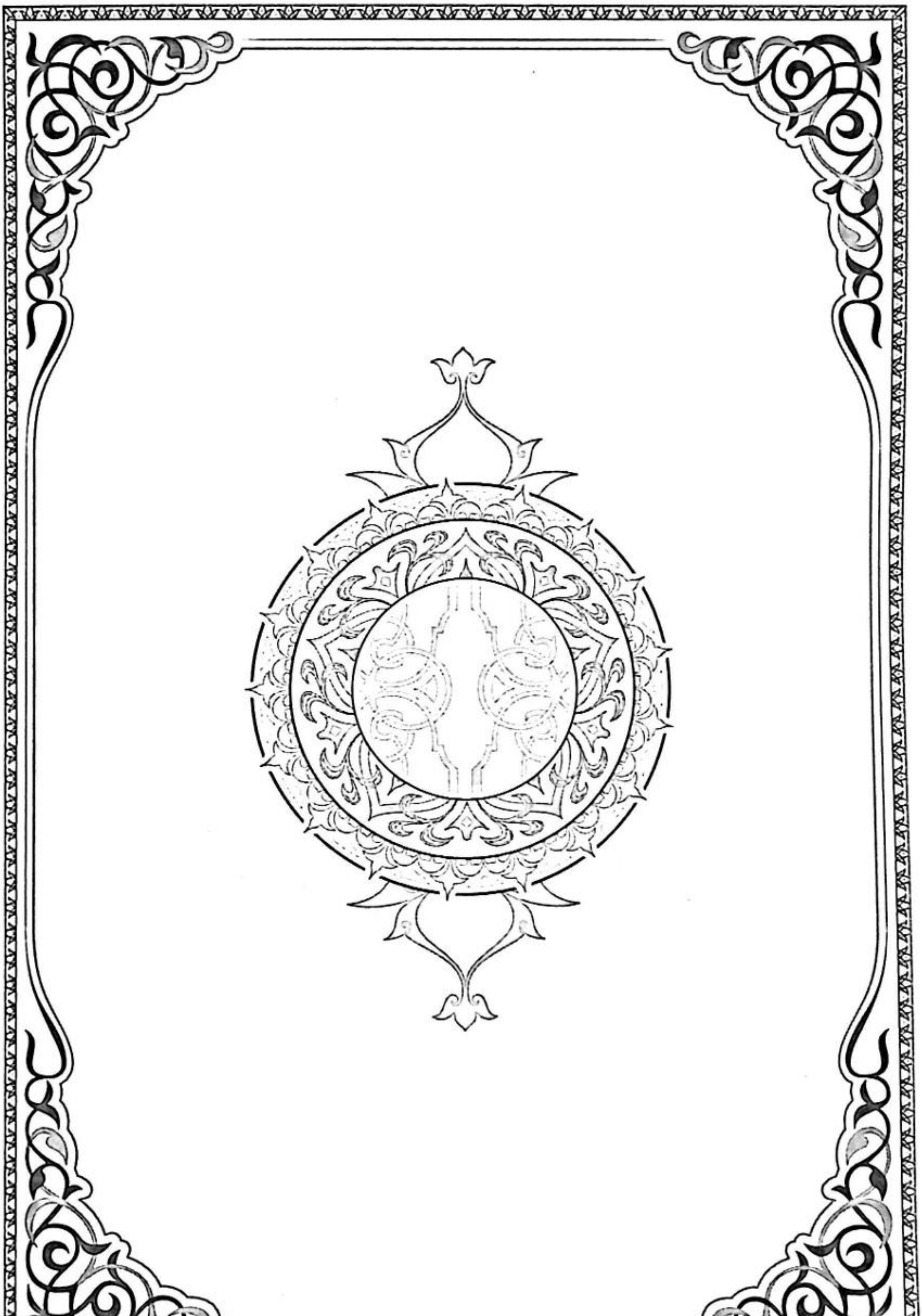
(١) العاقلة لغة: جمع عقل، وهو دافع الدية، وسميت الدية عقلًا تسمية بالمصدر؛ لأن الإبل كانت تعقل بفناء ولي المقتول، ثمَّ كثر الاستعمال حتى أطلق العقل على الدية. وفي الاصطلاح: (عصبته: وهم القرابة من قِبَل الأب الذين يعطون دية من قتله خطأ. وقال أهل العراق: هم أصحاب الدواوين). ينظر: المغرب (١/ ٣٢٤)، التعريفات (١/ ١٤٦)، أنيس الفقهاء (١/ ١١٠).

(٢) أي: عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ. لأنه ساع في الأرض الفساد، وعندهما يقتل قصاصا. ينظر: شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٨٩).

(٣) ينظر: المبسوط (٢٦/ ١٥٢)، بدائع الصنائع (٧/ ٢٢٤)، شرح الجامع الصغير لقاضي، خان (١/ ١٨٠).



كتاب السرقة وقطاع الطريق



كتاب السرقة

[حد السرقة لغة واصطلاحا]

السرقة في اللغة: فعلٌ يقام على وجه الخفية والاستتار، ومنه قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنِ ٱسْتَرَقَ ٱلسَّمْعَ﴾(١).

وفي العرف: أخذ نصاب(٢) من مال مملوك متقوم(٣) محرزًا إحرازًا مقصودًا كـ[مالاً](٤) معصوماً حقا للعبد قبيل السرقة وحقاً لله(٥).

وإن وجود السرقة على سبيل الخفية والاستتار، ومتى تمكنت شبهة العدم في النصاب، أو المالية، أو العصمة، أو الحرز، لا تنعقد سرقة موجبة للقطع(٦)، لأن الشبهة في الباب ملحقة بالحقيقة.

وحكمها: قطع اليد اليمنى من مفصل الزند(٧)، بشرط أن تكون اليد اليسرى

---

(١) سورة الحجر، جزء من الآية: (١٨).

(٢) النصاب لغة: هو المال المقدر الذي تجب فيه الزكاة إذا بلغه. ينظر: لسان العرب (١/ ٧٦١)، المعجم الوسيط (٢/ ٩٢٥).

(٣) المال المتقوم مصطلح يستعمل عند الحنفية في معنيين: **الأول**: ما يباح الانتفاع به شرعًا. والثاني: بمعنى المال المحرز كالسمك في البحر: مال غير متقوم، وإذا اصطيد صار بالإحراز متقوما. ينظر: مجلة الأحكام العدلية (المادة: ١٢٧).

(٤) في المخطوط: [كلامًا معصومًا]. وهو تصحيف.

(٥) ينظر: طلبة الطلبة (١/ ٧٦)، التعريفات (١/ ١١٨).

(٦) تنظر شروط القطع في السرقة في: خزانة الفقه (١/ ٢٨٣)، تحفة الفقهاء (٣/ ١٤٩)، بدائع الصنائع (٧/ ٦٦)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ١٠٢).

(٧) الزَّنْدُ - بفتح الزاي-: هو موصل طرف الذراع في الكف، والزندان: هما طرفا عظمي الساعدين، فهما عظما الساعد، أحدهما أدق من الآخر، فطرف الزند الذي يلى الإبهام، هو الكوع، وطرف الزند الذي يلي الخنصر: هو الكرسوع، والرسغ: مجمع الزندين، ومن عندهما تقطع يد السارق. ينظر: طلبة الطلبة (١/ ١٦٦)، أنيس الفقهاء (١/ ٦٣)، المغرب (١/ ٢٣٧).

صحيحة، والرجل اليمنى، حتى إن اليد اليسرى إذا كانت مقطوعة، أو شلاء[١] / أو مقطوعة الإبهام، أو مقطوعة ثلاث أصابع، سوى الإبهام، أو إصبعين سواها، لا تقطع اليمنى؛ لأن فيه إهلاك النفس من وجه؛ لأنه تفويت جنس المنفعة، وأنه بمعنى الإهلاك من كل وجه، ولهذا تجب الدية كاملة بقطع اليدين، والإهلاك من وجه ملحق بالإهلاك من كل وجه، لأن الشبهة في الباب ملحقة بالحقيقة، والإهلاك من كل وجه لا يصلح حدًّا للسرقة، فكذا شبهته وهو الإهلاك من وجه. (١٧٥/أ)

ومقطوعة الإبهام بمنزلة مقطوعة اليد؛ لأن قوة البطش بالإبهام فتفوت بفواتها، وكذلك ثلاثة أصابع سوى الإبهام؛ لأنها الأكثر، وللأكثر حكم الكل[٢]، وكذلك الإصبعان منها سوى الإبهام، بخلاف الكفارة، حيث تجزئ فيها مقطوعة الإصبعين سوى الإبهام، ولا يجوز مقطوعة ثلاثة أصابع سواها؛ لأن المعنى الإهلاك، لكنا أقمنا الأكثر مقام الكل في باب الكفارة، وفي باب القطع، أقمنا الاثنين مقام الكل، لأن في ذلك شبهةً، والشبهة ملحقة بالحقيقة[٣]. ولهذا قلنا: السارق لا يؤتى على أطرافه الأربعة عندنا[٤]. وعند الشافعي يؤتى[٥]، لقوله تعالى: ﴿فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾[٦].

---

(١) شلاء لغة: فساد اليد، يقال في الدعاء: لا تشلل يدُك ولا تكللْ. ينظر: المغرب (١/ ٢٥٦)، مختار الصحاح (١/ ١٦٨).

(٢) قاعدةٌ فقهيةٌ سبق ذكرها.

(٣) ينظر تقرير هذا الأصل في: تحفة الفقهاء (٣/ ٩٩)، بدائع الصنائع (٧/ ٨٧)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ١١٠).

(٤) ينظر:النتف في الفتاوى (٢/ ١٥٦)، المبسوط (٩/ ١٦٦)، بدائع الصنائع (٧/ ٨٦)، العناية شرح الهداية (٥/ ٣٦٥).

(٥) ينظر: الأم (٦/ ١٤٢)، الحاوي الكبير (١٣/ ٣٢١)، المهذب (٣/ ٣٦١)، البيان (١٢/ ٤٩٢).

(٦) سورة المائدة، جزء من الآية: (٣٨).

والأيدي: اسم جمع، وأدنى الجمع عنده الاثنان، فصار، كأنه قال: فاقطعوا أيدي كل واحد منهما[١].

ولنا: أن المراد بالأيدي: يمين كل واحد منهما؛ لأن بالإجماع في المرة الأولى يتناولهما اسم السارق والسارقة، ولا يقطع من كل واحد منهما إلا يُمناه[٢].

وإن قطع اليسرى بعد قطع اليمنى لا تماثل السرقة، فلا تصلح جزاء لها لقوله: ﴿وَمَن جَآءَ بِٱلسَّيِّئَةِ فَلَا يُجۡزَىٰٓ إِلَّا مِثۡلَهَا﴾[٣] آية أنه كذلك: إن قطع اليمنى مثل السرقة في الكرَّة الأولى، ولهذا يجازى به، وقطع اليسرى لا يماثل اليد اليمنى؛ لأن قطع اليمين لا يفوت جنس المنفعة، وقطع اليسرى يفوته، فلا يكون مثله؛ لأن هذا إهلاك من وجه، وذلك ليس بإهلاك من وجه.

فإذا عرف هذا نقول:

إذا سرق صيدًا أو طيرًا أو فاكهة مما يتسارع إليه الفساد، أو خشبًا غير الساج، أو مصحفًا مفضضًا[٤]، أو بربطًا[٥]، أو طبلًا، أو زِرنيخًا[٦]،..................

---

(١) ينظر تفسير الآية الكريمة في: أحكام القرآن للجصاص (٤/ ٨٢)، الحاوي الكبير للماوردي (١٣/ ٣٢٢)، بدائع الصنائع (٧/ ٨٦).

(٢) ينظر موطن الإجماع في: الإقناع، لابن المنذر (١/ ٣٣٢)، الإجماع، لابن حزم (١/ ١٣٦٠١٣٤)، بدائع الصنائع (٧/ ٨٦)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد (٤/ ٢٣٥)، المغني، لابن قدامة (١٠/ ٢٦١).

(٣) سورة الأنعام، جزء من الآية: (١٦٠).

(٤) المُفضَّض: بضم الميم وتشديد الضاد الأولى: المزيّن والمرصع بالفضة، ومثله الذهب؛ أي: المزين بالذهب. ينظر: الصحاح (٣/ ١٠٩٨)، معجم لغة الفقهاء (١/ ٤٤٧).

(٥) البربط: العود، أعجمي، ليس من ملاهي العرب. وهو من ملاهي العجم. شَبيه بصَدْر البَطّ، والصَّدْر بالفارسيّة: بِرْ فقِيلَ: بَرَبَط. قال ابن الأثير: وَأَصْلُهُ بَرْبَت؛ لِأَنَّ الضَّارِبَ بِهِ يضَعُه عَلَى صَدْرِهِ، وَاسْمُ الصَّدر: بَر. ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر (١/ ١١٢)، لسان العرب (٧/ ٢٥٨).

(٦) الزرنيخ: بكسر الزاي المشددة لفظ فارسي معرب (زرني) وهو حجر كثير الألوان يخلط بالكلس فيحلق الشعر وله مركبات سامة. ينظر: لسان العرب (٣/ ٢١).

[ما يقطع في السرقة وما لا يقطع]

أو نُورَة، أو مَغرَّة[(١)]، لم يقطع؛ لأن شبهة العدم تمكنت في الحرز، والشبهة ملحقة بالحقيقة[(٢)].

وبيانه: وهو أن الحرز ما يمنع المحرز عن الفوات بجهة التمام، ووضع لحفظ المحرز لحاجة في المستقبل، ومن شرطه: أن يبقى إلى وقت الحاجة، ويكون مقصودًا بالإحراز[(٣)].

والطير والصيد، لا يقبل الإحراز الكامل؛ لأنَّ الطيرَ يطير، والصيدَ يفر. واللحم/ والذي يتسارع إليه الفساد من الفواكه، لا يبقيان إلى وقت الحاجة. والخشب لا يدخل في الحرز، بل يطرح في الطرق[(٤)]. (١٧٥/ب)

والْبَرْبَط والطبل[(٥)] لا يحرز لماليته، وإنما يحرز للهو، فلا تكون المالية مقصودة في الحرز، والمصحف يحرز للقرآن المكتوب فيه، لا لماليته، فلا يكون مقصودًا بالحرز، وعن أبي يوسف. أنه يقطع في المصحف[(٦)]؛ لأنه مالٌ متقوّم

(١) المغرَّة: هو الطين الأحمر يصبغ به. وثوب مغرة: أي صبغ بالأحمر. ينظر: العين (٤/ ٤١٥)، النهاية في غريب الأثر (٤/ ٣٤٥)، لسان العرب (٥/ ١٨).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٩٥)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٧٢)، خزانة الفقه (١/ ٢٨٤)، مختصر القدوري (١/ ٢٠٢)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٨٢).

(٣) ينظر أحكام الحرز وأنواعه في: المبسوط (٩/ ١٥٠)، تحفة الفقهاء (٣/ ١٥١)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ١٠٤).

(٤) قال الطحاوي: «قال أبو يوسف: يقطع في الخشب كله إذا بلغ المقدار الذي يقطع فيه». شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٢٩٧).

(٥) المقصود بالطبل هنا طبل اللهو، فأما طبل الغزاة فقد اختلف فيه، والأصح فيما ذكره أهل التحقيق في المذهب أنه لا يقطع في طبل الغزاة قالوا: لأن صلاحيته للهو صارت شبهة. ينظر: العناية شرح البداية (٥/ ٣٧١).

(٦) وذلك بشرط أن يكون مفضضًا بالفضة، وأن يبلغ النصاب؛ لأن ما عليه ليس من المصحف في شيء؛ فهو كالمتصل يتعلق القطع بسرقته. ينظر شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٢٩٣)، : مختصر القدوري (١/ ٢٠١)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٩٠)، تبيين الحقائق (٣/ ٣١٦).

يجوز بيعه، فيحرز عادة. وجوابه: ما قلنا: إنه ليس بمحرز مقصودًا[١]. والنُّورَةُ والْمَغْرَةُ، ونحوهما يطرح على الطرق، ولا يدخل في البيت إلا لإصلاحه.

وإن سرق شرابًا، لا يقطع، وهو من خواصِّ هذا الكتاب؛ لأنَّ الفسادَ يتسارع إليه، فلا يبقى إلى وقت الحاجة في المستقبل، فأشبه اللحم، حتى إنه إذا كان مما يبقى ويحرز وهو مالٌ متقوم، يقطع، ويحتمل أنه أراد بالشراب: المسكر، وفي بعض المسكر خلاف العلماء في سقوط تقومه وجواز بيعه، وفي الثاني إجماعهم، فلم يخل عن تمكن شبهة العدم في سرقته[٢].

ولو سرق أبواب المسجد، لا يقطع[٣]؛ لأنها غير محرزة؛ لأن المسجد غير حرز، لأن أحدًا لا يمنع من الدخول فيه.

ولو سرق ساجًا قيمته عشرة دراهم، قطع؛ لأنه من أعز الأموال، ويحرز إحراز المال، وكذلك إذا عمل من الخشب بابًا أو تابوتًا؛ لأن الصفة أخرجته عن التفاهة وألحقته بالأموال العزيزة[٤].

---

(١) وجه ظاهر الرواية: أن المقصود ما في المصحف دون ما على جلده من الفضة وإذا لم يمكن إيجاب القطع باعتبار ما هو المقصود، يعتبر ذلك شبهة في درء الحد. ينظر: المبسوط (٩/ ١٥٣)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٦٤)، كنز الدقائق (١/ ٣١١).

(٢) هذه المسألة مبنية على مسألة الخمر هل هي مال أم لا؟ فالذي عليه الحنفية، وهو الأصح عندهم، والمالكية إلى أنها مال، لكن يجوز إتلافها لغرض صحيح، وتضمن إذا أُتْلِفت لذمي. في حين ذهب الحنفية في مقابل الأصح، والشافعية والحنابلة إلى أنها ليست بمال، وعلى هذا، يجوز إتلافها لمسلم كانت، أو ذمي. تنظر المسألة- مع المناقشة- في: المحلى، لابن حزم (١٢/ ٣٢١)، المبسوط (٢/ ٢٠٥)، بدائع الصنائع (٥/ ١٤٣)، المغني، لابن قدامة (٥/ ٤٤٢)، روضة الطالبين (١١/ ١٦٦).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٩٥)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٩١)، الهداية شرح البداية (٣/ ٣١٤).

(٤) ينظر: الفروق للكرابيسي (١/ ٣٠٩)، تبيين الحقائق (٣/ ٢١٦)، البناية شرح الهداية (٧/ ١٨).

ولو سرق الحصير، لا يقطع؛ لأن في حرزه قصورًا؛ لأنه يبسط خارج الحرز إلا الحصر البغدادية، التي تحرز حرز الأموال.

وتقطع في الفصوص الخضر، والياقوت، والزبرجد[١]؛ لأنها من الأموال النفيسة، وإن كانت أحجارًا وتحرز حرز الأموال[٢].

ولو سرق من ذي رَحِمٍ مَحْرِمٍ منه، لا يقطع[٣]؛ لأنه مطلقٌ في الدخول فلم يبق الدار حرزًا في حقِّه.

رجلٌ له على آخر عشرة دراهم فسرق مثلها، لا يقطع[٤]؛ لأنَّ له أن يأخذ إذا ظفر بجنس حقه، ولو أخذ عَرْضًا[٥] يساوي عشرة، يقطع؛ لأنه ليس له أن يأخذ من خلاف جنس حقه، بغير رضاه[٦].

---

(١) الزبرجد: حجر كريم، وهو ذو ألوان كثيرة أشهرها الأخضر المصري، والأصفر القبرصي. ينظر: لسان العرب (٣/ ١٩٤)، المعجم الوسيط (١/ ٣٨٨).

(٢) حاصله: أن الأموال التي لها عزة وخطر عند الناس أموال مطلقة، وإن لم تحدث فيها صنعة، فيجب فيها القطع. ينظر: شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٩١)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٦٥)، البناية شرح الهداية (٧/ ٢٤).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٩٥)، خزانة الفقه (١/ ٢٨٥)، شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٢٦٦)، مختصر القدوري (١/ ٢٠٢).

(٤) هذا إذا كان حالًا، فإن كان الدين مؤجلًا، فالقياس أن يقطع؛ لأنه لا يباح له الأخذُ، وفي الاستحسان، لا يقطع؛ لأنَّ سببَ حقِّ الأخذِ موجودٌ، فأورث شبهةً. ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ١٨٥).

(٥) العرض لغة: جمع العرض؛ بفتح فسكون، عروض وعراض وأعراض، وهو خلاف الطول وعرض الشيء جانباه. وكل شيء فهو عرض سوى الدراهم والدنانير، فإنها عين. ينظر: المغرب (١/ ٣١٠).

(٦) وفي رواية عن أبي يوسف، رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يقطع. ينظر: شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٦٢)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٦٦)، الجوهرة النيرة (٢/ ١٦٧).

[نصاب القطع في السرقة]

ولو سرق أقل من عشرة دراهـم، لا يقطع عندنا(١)؛ لأنَّ النصاب شرطٌ، وأدنى النصاب عشرة عندنا، وعند الشافعي: ربع دينار(٢)، وعن البعض ليس بشرط أصلاً(٣). والخلاف في قيمة المجن(٤)، الذي كان يقطع في عهد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بسرقته؛ لقوله عليه الصلاة السلام: «لَا قَطْعَ إِلَّا فِي ثَمَنِ المجن»، وفي رواية: «لَا قَطْعَ فِي أَقَلَّ مِنْ ثَمَنِ المجن»(٥). وعن أيمن بن أمِّ أيمن(٦)، أنه قال: «ثَمنُ المجن الذي كان يقطع به في عهد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عشرة دراهم»(٧).

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٢٤٥)، مختصر القدوري (١/ ٢٠١)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٩٢)، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب، لجمال الدين الخزرجي (٢/ ٧٤٩).

(٢) ينظر: الأم (٦/ ١٤٠)، مختصرالمزني (١/ ٣٧٠)، الحاوي الكبير (١٣/ ٢٦٩)، المهذب (٣/ ٣٥٤)، نهاية المطلب (١٧/ ٢٢٢)، مغني المحتاج (٥/ ٤٦٥).

(٣) وهو قول الحسن البصري، وأهل الظاهر؛ لعموم الآية: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]. وقد فصل ابن حزم رَحِمَهُ اللهُ في المسألة تفصيلاً شافيًا في كتابه (المحلى)، فليرجع إليه. (١٢/ ٣٤٥).

(٤) الْمِجَنُّ لغة: - بِكَسْرِ الْمِيم وفَتْح الْجِيم وتشْديد النُّون- أي: التُّرس الْمسمى بالدَّرَقَةِ. ينظر: طلبة الطلبة (١/ ٧٦)، المغرب (١/ ٩٤).

(٥) الحديث أخرجه مسلم، في صحيحه، كتاب الحدود، باب: حد السرقة ونصابها (٣/ ١٣١٣ ح ١٦٨٥)، من حديث عَائِشَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا قَالَتْ: «لَمْ تُقْطَعْ يَدُ سَارِقٍ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي أَقَلَّ مِنْ ثَمَنِ الْمِجَنِّ، حَجَفَةٍ، أَوْ تُرْسٍ، وَكِلَاهُمَا ذُو ثَمَنٍ».

(٦) هو: أيمن بن عبيد بن عمرو بن بلال بن أبي الجرباء بن قيس بن مالك بن سالم بن غنم بن عوف بن الخزرج، وهو أيمن ابن أم أيمن حاضنة النبى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأخو أسامة بن زيد لأمه، وأيمن صحابي جليل مشهور، استشهد يوم حنين. ينظر ترجمته في: الاستيعاب (١/ ١٢٩)، البداية والنهاية (٥/ ٣١٣)، الإصابة (١/ ١٧٠).

(٧) الحديث أخرجه النسائي، في السنن الكبرى (٧/ ٣١ ح٧٣٩٤)، من طريق عطاء عن مجاهد عن أيمن ابن أم أيمن رفعة. فذكره. قال الدارقطنى رَحِمَهُ اللهُ سننه (٤/ ٢٦٢): أيمن راوي حديث المجن، تابعي، لم يدرك زمن النبى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. قال الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٣٥٨): «والحاصل: أن الحديث معلولٌ، فإن كان أيمن صحابيًّا، فعطاء ومجاهد لم يدركاه، فهو =

وعن آخر دونه، فأخذ أصحابُنا بالأكثر؛ / لأنه مجمعٌ عليه، وما دونه وفي كونه نصابًا شكٌّ، فلا تصلح سرقته سببًا للقطع، لتمكن شبهة العدم[١]. (١٧٦/أ)

والمعتبر في ذلك عشرة دراهم مضروبة بوزن سبعة[٢]، حتى إنه لو سرق تبرًا[٣] وزنه عشرة لا يبلغ قيمته قيمة عشرة دراهم مضروبة[٤]، لا يقطع[٥].

[إذا رد السارق المسروق قبل المرافعة]

رجلٌ سرق عينًا فردَّها قبل الترافع إلى القاضي، لم يقطع[٦]؛ لأنَّ الخصومةَ شرطٌ وقد انقطعت بالردِّ.

= منقطع، وإن كان تابعيًّا، فالحديث مرسلٌ، ولكنه يتقوى بغيره من الأحاديث المرفوعة».

(١) ذلك أن في العشرة يجب القطع بالإجماع، وفيما دونها خلافًا، والأخذ بالمجمع عليه أولى من الأخذ بما فيه خلاف؛ لأن أدنى درجات الخلاف إيراد الشبهة، والحدود تندرئ بالشبهات، فيستمسك به ما لم يقع الاتفاق على دون ذلك. وهذه مسألة أصولية ذُكرت في كتب الأصول وهي: هل الأخذ بالأقل بالقدر المتفق عليه هل يعد إجماعًا؟. ينظر الخلاف في: قواطع الأدلة، للسمعاني (٢/ ٤٥)، المحصول، للرازي (٦/ ١٥٤)، الإبهاج في شرح المنهاج، للبيضاوي (٣/ ١٧٦)، البحر المحيط (٨/ ٣١)، إرشاد الفحول (٢/ ١٩٠).

(٢) لأن اسم الدرهم عند الإطلاق يقع على ذلك، ولأن هذا أوسط المقادير بين الدراهم الكبار والصغار التي كانت على عهد الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

(٣) التِّبْرُ: الذَّهَبُ والفِضَّة قبل أن يُعْمَلا. ويقال: كل جَوْهرٍ قبل أن يُستعمَلَ تِبرٌ من النُّحاس والصُّفر. ينظر: العين (٨/ ١١٧)، أنيس الفقهاء (١/ ٧٠).

(٤) وهو ظاهر الرواية. ينظر قول المذهب في: المبسوط (٩/ ١٣٨)، تحفة الفقهاء (٣/ ١٥٠)، فتح القدير (٥/ ٣٥٨).

(٥) ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ١٨٦).

(٦) وهي إحدى الروايتين عن أبي يوسف، وعنه: يقطع؛ لأن السرقة حين وجودها انعقدت موجبةً للقطع، فرد المسروق بعد ذلك لا يُخِلُّ بالسرقة الموجودة، فلا يسقط القطع الواجب، كما لو رده بعد المرافعة. ينظر: المبسوط (٩/ ١٧٦)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٢٣٩)، بدائع الصنائع (٧/ ٨٨)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٨٦).

[تكرار الإقرار في السرقة]

السارق يقطع بإقراره مرة، وعند أبي يوسف: لا يقطع ما لم يقر مرتين؛ لأنه يعتبر الإقرار بالشهادة، كما في باب الزنا، فإن المعتبر ثمَّ لما كانت شهادة الأربعةِ شرط الإقرار أربعًا، وفي السرقة الشرطُ شهادةُ رجلين، فيشترط الإقرار مرتين(١).

ولنا: **أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قطع سارق رداء صفوان بإقراره مرة**، فلو كان ما ذكر شرطًا، لما قطع بالإقرار مرة(٢).

[القطع في السرقة دون هتك الحرز على الكمال]

لصٌّ دخل الدارَ وأخذ المتاع ولم يخرجه، لم يقطع(٣)؛ لأن الشبهة تمكنت في ركن السرقة؛ لأن ركنها أخذ المال، وأنه لا يتم إلا بالإخراج من يد المالك، ولم يوجد؛ لأنَّ الدار وما فيها في يد مالكها حكمًا، فما لم يخرج لا تزول يد المالك عنه حكمًا، والشبهة ملحقة بالحقيقة.

قيل: إنما لا يقطع؛ لأنَّ الشرطَ هتكُ الحرز، ولم يوجد بكماله؛ لأن كماله بالدخول والإخراج فيما يقبل الدخول كالدار، وبإدخال اليد وإخراجه فيما لا

---

(١) وقيل: إن أبا يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ رجع إلى قول أبي حنيفة. ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٩٦)، اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (١/ ١٥٢)، شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٢٨٧)، مختصر القدوري (١/ ٢٠١).

(٢) وهو ما جاء أن صَفْوَانَ بْنِ أُمَيَّةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: كُنْتُ نَائِمًا فِي الْمَسْجِدِ عَلَى خَمِيصَةٍ لِي ثَمَنُ ثَلَاثِينَ دِرْهَمًا، فَجَاءَ رَجُلٌ فَاخْتَلَسَهَا مِنِّي فَأُخِذَ الرَّجُلُ فَأُتِيَ بِهِ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَمَرَ بِهِ لِيُقْطَعَ. قَالَ: فَأَتَيْتُهُ فَقُلْتُ: أَتَقْطَعُهُ مِنْ أَجْلِ ثَلَاثِينَ دِرْهَمًا؟ أَنَا أَبِيعُهُ وَأُنْسِئُهُ ثَمَنَهَا، قَالَ: «فَهَلَّا كَانَ هَذَا قَبْلَ أَنْ تَأْتِيَنِي بِهِ». والحديث أخرجه أبو داود، في السنن، كتاب الحدودباب: من سرق من حرز (٤/ ١٣٨ ح٤٣٩٤)، والنسائي، في سننه، باب: ما يكون حرزًا وما لا يكون (٨/ ٦٩ ح٤٨٨٤)، وابن ماجه في سننه (٢/ ٨٦٥ ح٢٥٩٥). والحديثان صحيحان. ينظر: نصب الراية (٣/ ٣٦٩)، إرواء الغليل، للألباني (٨/ ٧٤). وقال الطحاوي رَحِمَهُ اللَّهُ في شرح معاني الآثار (٣/ ١٦٨): «فيه دليل على أن الإقرار مرة واحدة يكفي للقطع».

(٣) وهي إحدي الروايتين عن أبي يوسف، وفي رواية عنه كما جاء في الإملاء: أنه يقطع؛ لأنه أخرج المال من الحرز. ينظر: المبسوط (٩/ ١٤٧).

يقبل الدخول؛ كالكيس والصندوق[١].

دارٌ فيها مقاصير[٢]، فدخل مقصورة، وأخرج منها المتاع إلى الدار، قطع؛ لأن كل مقصورة حرز على حدة، وقد وجد الدخول فيها والإخراج[٣].

[السرقة بإدخال اليد في البيت دون دخوله]

ولو نقب[٤] داراً وأدخل يده وأخذا المتاع وأخرجه، لم يقطع[٥]؛ لأنَّ هتك الحرز لم يتم؛ لأنه لم يدخل، وعن علي كرم- الله وجهه-: «إذا كان اللصُّ ظريفًا لا يقطع، قيل له: كيف يكون ظريفًا؟ قال: ينقب الدار يدخل يده ويخرج المتاع ولا يدخل»[٦].

[من سرق المتاع، فرماه إلى الخارج، ثم تبعه فأخذه]

ولو دخل الدار، ورمى بالمتاع إلى الخارج، إن تبعه وأخذه، قُطع[٧]؛ لأنه

(١) ينظر: شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٩٣)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ١٨٨)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٦٨).

(٢) المقاصير لغة: هي الدار الواسعة المحصنة. وقيل: هي أصغر من الدار، والمقصورة: مقام الإمام، وقال الليث: إذا كانت دارًا واسعة فكل ناحية منها حيالها مقصورة. وجمعها: مقاصير ومقاصر. ينظر: تهذيب اللغة (٨/ ٢٨٢)، المعجم الوسيط (١/ ٧٣٩).

(٣) ينظر: شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٩٣)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٨٨).

(٤) جاء في مقايس اللغة، (٥/ ٤٦٥): «النُّونُ والْقافُ والْباء أَصْلٌ صحيحٌ يدُلُّ على فَتْحٍ فِي شَيْءٍ. ونقب الْحائط يَنْقُبُهُ نقْبًا».

(٥) وفي رواية عن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ في الإملاء ذكرها الكاساني أنه قال: أقطع ولا أُبالي يدخل الحرز، أو لم يدخل. ينظر: مختصر القدوري (١/ ٢٠٢)، بدائع الصنائع (٧/ ٦٦).

(٦) لم أجده بهذا اللفظ في كتب السنة المعتبرة، بل نسبه ابن الأثير في (النهاية في غريب الحديث) إلى عمر بن الخطاب رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ. والزمخشري في (الفائق في غرييب الحديث) (٢/ ٣٧٦)، وإنما ورد عن علي رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ كما في مصنف عبدالرزاق في مصنفه (١٠/ ١٩٩ ح١٨٨٢١)، عن الحارث قال: أتي علي رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ برجل نقب بيتًا، فلم يقطعه وعزره أسواطًا.

(٧) وهو المذهب عند الحنفية، خلافًا لزفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ لا يقطع؛ لأن الإلقاء غير موجب للقطع. ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٧٣)، محتصر القدوري (١/ ٢٠٢)، تحفة الفقهاء (٣/ ١٥٢)، البناية شرح الهداية (٧/ ٤٤).

وجد الدخول والإخراج، وأنه طريقة معهودة للسراق وإن لم يأخذه، لم يُقطع؛ لأنه عُلم أن قصده لم يكن أخذ المال، وإنما كان تضييعه(١). وإن ناول صاحبًا له خارج الدار، وأخذ منه، لم يقطع واحد منهما.

وعن أبي يوسف: إن أدخل الخارج يده في الدار وأخذ منه، لم يُقطع واحدٌ منهما(٢). وإن أخرج الداخل يده، وناوله الخارج، قطع الداخل، دون الخارج، ولم يذكر في ظاهر الرواية هذا التفصيل(٣). (١٧٦/ب)

[سرقة الجماعة]

جماعةٌ من السراق: دخلوا الدار وتولى أحدُهم أخذ المتاع / وإخراجه.

القياس: أن يُقطعَ الذي تولى ذلك؛ لأنه هو السارق دون غيره(٤). وفي الاستحسان، يقطع الكلُّ؛ لأن الواحد وإن تفرد بالإخراج، لكن بإعانة الباقين، وإنها طريقة معهودة للسراق، فإن الواحد منهم يتولى والباقون يكونون مرصدين(٥) للدفع عنه إذا ظهر المالك أو غيره، فصار الكل شركاء في ذلك، فأشبه الردء(٦) مع الناس في قطع الطريق.

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٩٧)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٩٣)، بدائع الصنائع (٧/ ٦٥)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٨٩).

(٢) هذه المسألة على التفصيل عند محمد بن الحسن رَحِمَهُ ٱللَّهُ حيث جاء عنه أنه قال: إن أخرج الدَّاخل يده من الحرز ونال الْخارج، يقطع الدَّاخل، دون الْخارج، وإِن أدخل الْخارج يده في الحرز، وأخذ، فلا قطع عليهما. ينظر: تحفة الفقهاء (٢/ ١٥٢).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٩٧).

(٤) وهو قول زفر. ينظر وجه القياس عند الحنفية في: المبسوط (٩/ ١٤٩)، تبيين الحقائق (٣/ ٢١٤).

(٥) المرصد: الطريق، ورصدته: قعدت له على الطريق، والمرصِد: هو الذي يقعد على الطريق ينتظر الناس ليأخذ شيئًا من أموالهم ظلمًا وعدوانًا. ينظر: لسان العرب (٣/ ١٧٨).

(٦) الردء لغة: هو العون والناصر. ينظر: مختار الصحاح (١/ ١٢١).

[سرقة أحمال الإبل]

[السرقة من القافلة]

[القطع في السرقة من المسافر إن كان حافظا لماله]

فإن حملوه على الدابة، وساقوها [. . .][١]؛ لأن فعل الدابة مضاف إليهم[٢].

إبلٌ تسير، أو هي واقفة عليها أحمال، فجاء لصٌّ وشق الجوالق[٣] وأخرج المتاع، قطع؛ لأنه أخذه من حرزه؛ لأن الجوالق حرز المتاع؛ هذا إذا خاف هجوم المالك عليه، وإلا فلا[٤].

وإن سرق جملاً من القِطار[٥]، أو حِمله[٦]، أو الجمل مع حِمله، لم يقطع[٧]؛ لأنه ليس بمحرز مقصودًا؛ لأنَّ القائدَ والسائق، لا يقصد الحفظ، وإنما يقصد قطع المسافة.

والشرط: كون المال محرزًا مقصودًا، ولم يوجد، حتى إنه لو كان مع الجمال واحد يتبعها لحفظ الأموال والجمال، قطع؛ لأنه صار محرزًا مقصودًا.

ولو سرق الجوالق، وعنده صاحبه يحفظه، أو نائم عليه، قطع؛ لأنه محرز بصاحبه، ورسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ **قطع سارق رداء صفوان**، وصفوانُ[٨] كان قد نام متوسدًا بردائه في المسجد فسرق منه، ولولا أنه محرز به لما قطعه[٩].

---

(١) في المخطوط كلمة لم أستطع قراءتها.

(٢) ينظر: الفروق للكرابيسي (١/ ٣٠٨)، المبسوط (٩/ ١٤٧)، بدائع الصنائع (٧/ ٦٥)، البناية شرح الهداية (٧/ ١١)، البحر الرائق (٥/ ٥٤).

(٣) الجوالَق لغة: وعاء من صوف أو شعر أو غيرها، وهو فارسي معرب (كوال). والجوالق يريد ما يترك فيه الخبز. ينظر: الصحاح (٤/ ١٤٥٤)، طلبة الطلبة (١/ ١٦٩).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٩٧)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٢٩٤)، بدائع الصنائع (٧/ ٧٤).

(٥) القطار: هي الإبل يشد زمام بعضها خلف بعض على نسق. ينظر: المغرب (١/ ٣٨٧).

(٦) أي: حِملا على بعير.

(٧) ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٧٣)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٩٤)، بدائع الصنائع (٧/ ٧٤)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٦٩).

(٨) تقدم تخريجه.

(٩) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٩٧)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٧٣)، خزانة الفقه (١/ ٢٨٥)، =

[حكم قطع الطرار]

طرَّ صُرَّةً[١] خارجة من الكُمِّ[٢]، لم يقطع[٣]؛ لأنه لم يهتك الحرز؛ لأنه لا يحتاج إلى إدخال يده في الكم وإخراجها، وإن كانت داخلةً، تقطع؛ لأنَّه هتكُ الحرز؛ لأنه يحتاج إلى إدخال يده في الكمِّ وإخراجها منه.

ولو حلَّ رباط الصرة، إن كان الرباط خارج الكم، قطع[٤]؛ لأنَّ الدراهم تقع في الكُمِّ، فيحتاج إلى هتكِ الحرز لإدخال اليد فيه والإخراج، وإن كان داخل الكم لم يقطع؛ لأنَّ الدراهم تبقى على ظاهر الكم بعد حل الرباط، فلا تمس الحاجة إلى دخل اليد في الكم.

[من سرق ثوبا وشقه نصفين قبل إخراجه من الحرز]

رجلٌ دخل الدارَ وأخذ الثوبَ، وشقه نصفين، وهو يساوي عشرة دراهم، قطع[. . .]. [٥]

وعن أبي يوسف: لا يقطع[٦]؛ لأنَّ الشقَّ سببُ الملك، فأورث شبهةَ الملك في المسروق للسارق؛ كمنِ اشترى ثوبًا على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام ثم سرقه

= شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٩٤).

(١) الطر: هو الشق والقطع. والصرة:صُرة الدراهم وغيرها معروفة. ينظر:تهذيب اللغة (١٢/ ٧٧). النهاية في غريب الحديث (٣/ ١١٨)، المعجم الوسيط (٢/ ٥٠٤).

(٢) الكم: بالفتح هو المقدارمن كيل أو وزن أو عدد، وبالضم مع التشديد: جمع أكمام، وهو الغلاف. ينظر: معجم لغة الفقهاء (١/ ٣٥٢).

(٣) وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنه قال: يقطع على كل حال استحسانا؛ لأن المال محرز بصاحبه. ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٧١)، خزانة الفقه (١/ ٢٨٥)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٩٣).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٩٧)، خزانة الفقه (١/ ٢٨٤)، المبسوط (٩/ ١٦١)، بدائع الصنائع (٧/ ٧٦)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٦٩).

(٥) في المخطوط: [دراهم]. وهي زيادة يستقيم الكلام بدونها.

(٦) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٩٨)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٧٤)، خزانة الفقه (١/ ٢٨٤)، شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٣١١)، كنز الدقائق (١/ ٣٦٤).

في مدة الخيار، لا يُقطع؛ لأنَّ البيع بشرط الخيار للبائع، وإن كان لا يخرج المبيع عن ملكه، لكن[. . .][1] انعقاد سبب الملك ، أورث شبهةَ الملك للمشتري فيه، فلم يقطع.

لنا: إن مثل هذه الشبهة غير معتبرة في السرقة، فإن السارق يأخذ المال في الدار وأخذه وإن كان سببًا لضمان القيمة، لكنه سبب لملك المسروق في الجملة، ومع ذلك لم تنتهض شبهة / ، دارئة للحد، كذا هذا. (١٧٧/أ)

[سرق الشاة وذبحها ثم أخرجها]

ولو دخل الحرز، وذبح الشاة فيه، ثم أخرجها، لم يقطع[2]؛ لأنَّ السرقةَ تمت على اللحم، وسارق اللحم لا يقطع، لما مر[3].

[قطع السارق بخصومة المودع والغاصب]

ويقطع السارق عندنا بخصومة الْـمُـودَعُ[4]، وَالْمُبْضِعُ[5]، وَالْمُسْتَعِير، والمضارب، والغاصب، وَالْمُرْتَهِنُ، وصاحب الربا[6].

---

(١) في المخطوط: كلمة لم أستطع فهمها، فالنص هكذا: [لكن إلى انعقد].

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٩٨)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٧٤)، خزانة الفقه (١/ ٢٨٤)، شرح الجامع الصغير للصدر (١/ ٣٩٥).

(٣) ينظر مسألة: ما يقطع في السرقة وما لا يقطع، ص(٢٧٢).

(٤) أي: الذي عنده الوديعة.

(٥) الْإِبْضَاعُ لغة: هو إعطاء شخص لآخر مالا، على أن يكون جميع الربح عائدًا له، ويسمى رأس المال بِضاعة والمعْطِي الْمُبضِعُ، والآخِـذ الْمُسْتَبْضِعُ. مجلة الأحكام العدلية (المادة: ١٠٥٩).

(٦) ومثاله: رجلًا باع عشرة دراهم بعشرين وقبض العشرين، ثم جاء إنسان وسرق العشرين منه، يقطع خلافًا لزفر. جاء في الصنائع (٧/ ٨٣): «فلا خلاف بيْن أصحابنا في أنَّ لهم أن يُخاصِموا السَّارق، وتُعتبر خصومتهم في حقِّ ثُبوت ولايةِ الاسْترداد، والْإعادة إلى أيْديهم، وأمَّا في حقوق القطع، فكذلك عند أصحابنا الثَّلاثة رَحِمَهُمُ اللَّهُ ويقطع السَّارق بخصُومتهم».

وعند زفر[١] والشافعي: لا يقطع[٢]؛ لأن خصومةَ المالك، أو نائبه شرط، ولم يوجد؛ لأن هؤلاء ليسوا بملاك ولا نواب الملاك في الخصومة، ولهذا لا يقطع السارق بخصومة السارق الأول.

ولنا: أن خصومة المالك إنما صارت شرطًا لحاجته إلى استرداد العين المسروقة، لينتفع بها، وهؤلاء يشاركوا المالك في هذا المعنى، فيشاركونه في اعتبار دعواهم شرطًا آية أنه كذلك: أن المستعير والمبضع والمضارب، يحتاج إلى استرداد العين لينتفع بها، وكذلك الغاصب يحتاج إلى الاسترداد ليردها على المالك، ليخرج عن عهدة الضمان، وكذلك المرتهن محتاج إليه لتحبيسه بدينه حتى يستوفيه، وكذلك المودع يحتاج إليه ليحفظ الوديعة للمالك؛ لأن الحفظ وجب عليه بالتزامه، فكان عاملاً لنفسه بالحفظ من هذا الوجه[٣].

وأمَّا السَّارقُ من السَّارقِ، فالجواب على التفصيل:

إن سرق الثاني من الأول قبل أن يقطع الثاني بخصومته[قطع الثاني][٤]؛ لأن عصمة المحل لم تبطل؛ لأن بطلانها يتوقف على استيفاء القطع، ولم يوجد، فصار السارق الثاني سارقًا من الغاصب، وقد ذكرنا أن السارق يقطع بخصومة الغاصب[٥].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ٨٣).

(٢) وهو الأصح عند الشافعية، وهو أن ينتظر حضور المالك ومطالبته؛ لأنه ربما حضر وأقر أنه أباحه المال فيسقط الحد، وإن كذبه السارق، والحد يسقط بالشبهة. الوجه الثاني: أنه يقطع في الحال. ينظر: روضة الطالبين (١٠/ ١٤٤)، تحفة المحتاج (٩/ ١٥٢)، مغني المحتاج (٥/ ٤٩٢)، نهاية المحتاج (٧/ ٤٦٤).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ٨٣)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ١١٢)، البناية شرح الهداية (٧/ ٥٧).

(٤) ما أثبته السياق تقتضية. والزياة كتاب المبسوط (٩/ ١٤٥).

(٥) ينظر: الهداية شرح البداية (٢/ ٣٧١)، تبيين الحقائق (٣/ ٢٢٩)، العناية شرح الهداية (٥/ ٤٠١)، مجمع الأنهر (١/ ٦٢٤).

وإن سرق الثاني من الأول بعدما قطع الأول، فقد سرق مالاً غير معصوم؛ لأن عصمته بطلت بقطع الأول، وسرقة مال غير معصوم، لا توجب القطع، ولهذا لا يقطع السارق الثاني بخصومة المالك[١]. وأجمعوا على أن السارق يقطع بخصومة المودع؛ لأنه المالك[٢].

ومعنى قوله: (**صاحب الربا**) أنه باع عشرة دراهم بعشرين فسرقت العشرين من يده[٣].

***

(١) حكى الإمام الشهيد الصدر، الإجماع على عدم القطع، في شرحه للجامع (١/ ٣٩٥).

(٢) ينظر حكاية الإجماع في:تحفة الفقهاء (٣/ ١٥٥)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٩٥).

(٣) أي: في قطع السارق بخصومته في ظاهر المذهب، خلافًا لزفر؛ لأن هذا المال في يده بمنزلة المغصوب. ينظر: النافع الكبير شرح الجامع الصغير (١/ ٢٩٨)، البحر الرائق (٥/ ٦٨).

باب ما يقطع فيه

الأصل فيه:

وهو أنَّه متى قُطع السارقُ، والمسروقُ قائمٌ، ردَّلحديث سارق رداء صفوان، فإنَّ النبيَّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ قطعه، وردَّ الرداءَ إلى صفوان(١).

وإن كان هالكًا أو مستهلكًا(٢)، لا يرد لتعذره، ولا يضمن(٣)؛ لأنَّه لا يجامع القطع عندنا(٤).

وإن أحدث فيه زيادةً لو أحدثها الغاصب في المغصوب؛ كالخياطة، ينقطع حق المالك بقطع حق المسروق منه في استرداده(٥).

وإن أحدث فيه زيـادة، لو أحدثها الغاصب، لا ينقطع حقُّ المالك(٦) / ؛

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) استهلك المال: أنفقه وأهلكه وباعه. والاستهلاك المراد هنا: ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة. ينظر: لسان العرب (١٠/ ٥٠٣).

(٣) وهي إحدى الروايتين عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رَحِمَهُمَاٱللَّهُ وهو المشهور، وروى الحسن عن أبي حنيفة: أنه يضمن بالاستهلاك. ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٩٩).

(٤) من القواعد فقهية عند الحنفية: (أن الحد والضمان، لا يجتمعان). ينظر:تحفة الفقهاء (٣/ ١٥٧)، بدائع الصنائع (٤/ ١٧٦)، تخريج الفروع على الأصول (١/ ٢١٩)، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحموي (٤/ ٣٣). وقد سبق بيانها ص(٢٩٦).

(٥) أي: لا سبيل للمالك على العين، ولا ضمان؛ لأن العين زالت عن مِلك المسروق منه، فتعذر الضمان بالقطع، فصار كالاستهلاك. ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٤/ ١١٣).

(٦) من القواعد الفقهية عند الحنفية: (الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الأصل لا تمنع الرد بالعيب). فالمتصلة؛ كالجمال والحسن، لا يمنع الرد في ظاهر الرواية. وغير المتولدة؛ كالصبغ والخياطة، فيمنع الـرد. وأمَّا المنفصلة المتولدة؛ كالولد والثمر، تمنع الرد. وغير المتولدة؛ كالكسب والغلة: لا يمنع الرد. ينظر: المبسوط (١٣/ ٣٤)، ترتيب اللآلي (١/ ٦٨٤) و(٢/ ٧٣٧)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/ ١٢٧).

كالصبغ ينقطع حق المسروق منه في استرداده عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه: لا ينقطع[١]. ثم عند أبي حنيفة ليس للسارق أن ينتفعَ به لقيام ملك المسروق منه فيه، وإن خاط الثوب، فكذلك؛ لأنَّه وإن ملكه لكن ملكه بطريق محظورٍ، فلا يحلُّ له الانتفاع به[٢]، فلا يضمن؛ لما بيَّنَّا أنه لا يجامع القطع، لكنه يفتى فيما بينه وبين الله تعالى أن يدفع الضمان؛ كالباغي إذا أتلف مال العادل، لم يحكم بالضمان، لكن يفتى به فيما بينه وبين ربه. (١٧٧/ب)

وكذلك الحربيُّ إذا استولى على مال مسلم ثم أسلم، لا يحكم بالرد، لكن يفتى به فيما بينه وبين الله تعالى. وكذلك المسلم إذا دخل دار الحرب بأمان، فأخذ من مالهم وأحرزه بدارنا، لم يحكم عليه بالرد لكن يفتى به فيما بينه وبين الله[٣].

والأصل في جنس هذه المسائل: أنَّ السبب متى انعقد موجبًا للحكم، وتعذر إيجابه بعارض، اعتبر ذلك العارض في حق الحكم به، دون الفتوى به بينه وبين ربه[٤].

---

(١) أي: يأخذه ويعطى ما زاد على الصبغ فيه؛ لأن المالك مخير بين تضمين الثوب، وبين أخذِهِ، وضمان الزيادة، وقد تعذر التضمين بالقطع، فتعين أخذه وضمان الزيادة؛ لأن المخيَّر بين الشَّيئين إذا تعذر أحدهما تعين الآخر. ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٤/ ١١٣).

(٢) من القواعد المشتركة بين علمي أصول الفقه، والقواعد الفقهية: (تغليب المحرم على المبيح). ينظر: أصول السرخسي (٢/ ٢٠-٢١)، شرح تنقيح الفصول، للقرافي (١/ ٤١٧)، ترتيب اللآلي (١/ ٢٩٠).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ٩٠)، البناية شرح الهداية (٧/ ٧٦)، حاشية ابن عابدين (٤/ ١١٧).

(٤) ينظر هذا الأصل عند الحنفية في: أصول السرخسي (١/ ١٢١) و(٢/ ٣٠٠).

فإذا عرف هذا نقول:

[تغيير هيئة الذهب والفضة المسروق]

رجلٌ سرق ذهبًا أو فضةً فطبعه دراهـم أو دنانير، قطع(١)، وترد الدراهم والدنانير إلى المسروق منه عند أبي حنيفة(٢).

وعند صاحبيه: لا سبيل للمسروق منه على الدراهم والدنانير(٣)؛ لأنَّ المسروقَ تلف من وجه وصار شيئًا آخر، ولهذا لو وجد هذا الفعل من الغاصب، ينقطع حقُّ المالك عنه عندهما، وعند أبي حنيفة: المسروق قائم بحاله لم يهلك من وجه، ولا من كل وجه، ولهذا لو وجد هذا الفعل من الغاصب، لا ينقطع حق المالك عنده، فإذا لم ينقطع حق المالك عنده يقطع؛ لأنه ما ثبت له الملك فيه.

وأما على قولهما: فقد اختلفوا في أنه هل يقطع السارق [أم] لا؟ قال بعضهم: لا، لأنه ملك المسروق.

[رد العين المسروق بعد زيادة السارق فيها]

ولو سرق ثوبًا فصبغه أحمر، قطع، ولم يؤخذ منه الثوب عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه(٤): له أن يأخذ ويعطيه ما زاد الصبغ، اعتبارًا بالغصب(٥)، فإنَّ

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٩٩)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٧١)، شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٢٨٥)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٩٦).

(٢) قال أبو بكر الرازي الجصاص: «هذه المسألة مبنية على أصله: في أن الصفة لا تأثير لها في حق إسقا ط حق المغصوب منه؛ لأنها لا تخرجها عن حكمها في كونها موزونة». شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٢٨٥).

(٣) أي: ما بلغ قيمة عشرة دراهم.

(٤) عزو الشارحِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ هذا القولَ إلى أبي يوسف غيرُ دقيق، فجل كتب المذهب تذكر قوله مع قول أبي حنيفة. والله أعلم. ينظر: شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٩٦)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٩٩).

(٥) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٢٩٩)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٩٦)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٧٤)، العناية شرح الهداية (٥/ ٤٢١)، النهر الفائق (٣/ ١٩٣).

الغاصب إذا صبغ الثوب المغصوب أحمر، فللمالك أن يأخذه ويعطيه ما زاد الصبغ فيه كذا هذا.

وأبو حنيفة يفرق بينهما ويقول: حق المغصوب منه في الثوب قائم من كل وجه وحق الغاصب في الصبغ من كل وجه، إلا أنَّ الثوب أصلٌ والصبغ تبعٌ، فخيّرنا صاحبَ الأصل بين أن يأخذه ويعطيه ما زاد الصبغ فيه، وبين أن يضمنه قيمته أبيض، وفيما نحن فيه بخلافه، فإنَّ حقَّ السارق في الصبغ قائم من كل وجه وحق المسروق منه في الثوب قائم من وجه دون وجه[1]؛ لأنَّ عصمة الثوب قد بطلت. ولهذا لا يضمن السارق إذا هلك، وكذا إذا استهلكه في إحدى الروايتين فيرجح، فإذا / هلك من وجه دون وجه، لا يجب الرد. (١٧٨/أ)

ولو صبغه أسود أخذ منه في المذهبين[2]- يريد به على قول أبي حنيفة ومحمد-؛ لأنَّ السَّواد نقصان في الثوب عند أبي حنيفة، وانتقاص المسروق لا يمنع الرد، أما عند أبي يوسف: السواد والحمرة على السواء؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يزيد في الثوب[3].

[رد المسروق بعد استهلاكه، أو تغيره]

إذا قطع السارق، والمسروق بعينه قائم، ردَّ لما مرَّ[4]، وإن كانت هلكةً، أو مستهلكةً، لا يضمن عندنا[5].

---

(١) أي: أن صبغ السارق في الثوب، قائم صورة ومعنى، وحق المالك فيه، قائم صورة لا معنى، فما استويا في الوجود فلا يرجح بالبقاء، ولا كذلك الغاصب. ينظر: شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٩٧).

(٢) أي: يقطع، ويؤخذ منه الثوب.

(٣) ينظر: أصول الشاشي (١/ ٢٠)، بدائع الصنائع (٧/ ٩٠)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ١٩٩).

(٤) ينظر ما ذكره في بداية الباب.

(٥) لأن القطع لا يجتمع مع الضمان. وقد سبق ذكر المسألة في بداية الباب ص ٢٨٨.

وعند الشافعي: يضمن[١]؛ لأنَّ سببه متحققٌ، وهو أخذ مال مملوك متقوم معصوم حقًّا للغير بغير إذنه، وقد وجد من السارق، قلنا: لا نسلم أنَّ سببه قد وجد. قوله: أخذ مال مملوك متقوم معصوم حقًّا للغير.

قلنا: ممنوعٌ، وبيانه: وهو أنه أخذ مالاً غير معصوم حقًّا للعبد؛ لأن العصَّمةَ انتقلت إلى الله تعالى، أو أن وجود السرقة فصادفت السرقة مالاً معصومًا حقًّا للرَّب دون العبد، آية أنه كذلك: وهو أن القطع وجب حقًّا لله، والقطع جزاء الجناية لا تجب حقًّا له، إلا إذا وردت الجناية على محلٍّ معصومٍ حقًّا له، إذ من الممتنع شرعًا أن ترِد الجناية على حق زيدٍ، ويجب جزاؤها حقًّا لعمرو، فاستدللنا بوجوب القطع حقًّا لله على ورود السرقة على محل معصوم حقًّا لله، فاستدللنا بثبوت العصمة حقًّا لله، أو أنَّ وجود السَّرقة على انتقال ما للعبد من العصمة إلى الله؛ لأنَّ المحل كان معصومًا بعصمة واحدة، فمن ضرورة ثبوتها لله أن لا تبقى للعبد[٢].

* * *

(١) ينظر: الأم (٦/ ١٥١)، مختصر المزني (٨/ ٣١٧)، الحاوي الكبير (١٣/ ٣٧٢)، نهاية المطلب (١٧/ ٣٨٥)، مغني المحتاج (٤/ ١٧٧).

(٢) تنظر المسألة -بتفصيلاتها- في: الهداية شرح البداية (٢/ ٣٧٣)، العناية شرح البهداية (٥/ ٤١٤)، مجمع الأنهر (١/ ٦٢٧).

باب في قطع الطريق

الأصل فيه: قوله عَزَّوَجَلَّ: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾ إلى قوله: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبۡلِ أَن تَقۡدِرُواْ عَلَيۡهِمۡۖ﴾(١).

نزلت الآية في أصحاب أبي بردة الأسلمي(٢) قطعوا الطريق على قوم أسلموا عند النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سمَّاهم الله محاربين له؛ لأنَّ المال في الصحراء محفوظٌ بحفظ الله، والمتعرض له متصور بصورة المحارب لله(٣).

[تفسير المحارب]

وتفسير **المحارب**: الخارج الذي له منعة يقدر على الدفع عن نفسه بقطع الطريق خارج المصر في الصحراء(٤). فإنه ذكر هـهنا عن أبي حنيفة، في رجل قطع الطريق في المصر ليلاً، أو نهارًا أو بين الكوفة والحيرة، فليس بقاطع.

والقياس: أن يكون قاطعًا(٥)، لوجود حقيقة القطع منه، لكن استحسن،

---

(١) الآية بتمامها: قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِۚ ذَٰلِكَ لَهُمۡ خِزۡيٞ فِي ٱلدُّنۡيَاۖ وَلَهُمۡ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ٣٣ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبۡلِ أَن تَقۡدِرُواْ عَلَيۡهِمۡۖ فَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ﴾ [المائدة: ٣٣-٣٤].

(٢) هو: الصحابي الجليل هلال بن عُويمر الأسلمي، ذكره الثّعلبيّ في «التّفسير»؛ قال: دعاه النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى الإسلام فأبى، ثم كلمه ابناه في ذلك فأجاب إليه وأسلم، وعند الطبراني بسند جيد عن ابن عباس قال: كان أبو بردة الأسلمي كاهنا يقضي بين اليهود. ينظر ترجمته في: الإصابة في تمييز الصحابة (٧/ ٣٢)، أحكام القرآن للجصاص (٣/ ١٩٠) المعجم الكبير (١١/ ٣٧٣)، زاد المسير لابن الجوزي (١/ ٥٤١).

(٣) ينظر الخلاف في أسباب النزول في: تفسير السمرقندي (١/ ٣٨٦)، زاد المسير (١/ ٥٤١)، الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي (١٤٧-١٥٤).

(٤) ينظر شروط حد الحرابة عند الحنفية في: المبسوط (٩/ ١٩٥)، تحفة الفقهاء (٣/ ١٥٥)، بدائع الصنائع (٧/ ٩٢)، الإختيار لتعليل المختار (٤/ ١١٤).

(٥) وهي رواية عن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ وعليه الفتوى عند الحنفية دفعًا لشرِّ المتغلبة المفسدين. ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٧٧)، البناية شرح الهداية (٧/ ٨٠)، مجمع الأنهر (١/ ٦٣١).

وقال[1]: لا يصير قاطعًا؛ لأنَّ قطع الطريق إنَّما يتحقق بانقطاع المارة في ذلك المكان بوقوع هذه الحادثة، والمارة لا ينقطعون في المصر / بوقوع هذه الحادثة وإنما ينقطعون في الصحراء والبرية إلى حصول الأمن بانتفاء القطاَّع[2]. (١٧٨/ب)

[أحوال عقوبة قطع الطريق]

وحكمه مذكورٌ في- الكتاب العزيز- وأنَّه على الترتيب، وإن ذكر بحرف التخيير[3]، وهذا وهكذا روي عن ابن عباس وإبراهيم النخعي[4]. فإن أخافوا السبيل ولم يأخذوا مالاً وأخذوا قبل التوبة، أوجعوا ضربًا وأودعوا السجن حتى يحدثوا توبة أو ينفوا من الأرض. [5] سمي الحبس نفيًا؛ لأنَّ المحبوسَ في السجن منفي من الدنيا معنى[6]، بدليل قول الشاعر[7]:

---

(١) وهو قول: محمد وعلل البعض من فقهاء الحنفية: بأنَّ هذا كان علي عصر أبي حنيفة؛ لأنَّ الناس كانوا يحملون السلاح، فالقطَّاع لا يستطيعون مغالبتهم، ثم صارت عادتهم عدم حمل السلاح، فلذا تغير الحكم. ينظر كتاب الأصل (٧/ ٢٨٨).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٠٠)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٧٦)، شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٣٤١)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٩٨).

(٣) قال أبو بكر الرازي الجصاص: «وروي عن على بن طالب، وعن ابن عباس، وإبراهيم رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أجمعين أنها على الترتيب. وهو قول أصحابنا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ على اختلاف بينهم». شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٣٣٥).

(٤) نص الحديث ما جاء به عن صَالِح مولى التَّوْأَمَةِ عن ابن عباس: «في قطاع الطريق إذا قَتَلُوا، وأخذُوا المال، قُتِّلُوا وَصُلِّبُوا، وإذا قَتَلُوا، ولم يأخذوا الْمَالَ، قُتِلُوا، ولَمْ يُصَلَّبُوا، وإذا أَخذُوا الْمَال، ولَمْ يَقْتُلُوا، قُطِعَتْ أَيْدِيهِمْ وأَرْجُلُهُمْ من خِلاف، وإذا أَخافُوا السَّبِيل، ولَم يَأْخُذُوا مالا، نُفُوا من الأَرْض». والحديث رواه الشافعي في مسنده، كتاب القطع في السرقة (١/ ٣٣٦)، وعبد الرزاق في مصنفه (١٠/ ١٠٩ ح١٨٥٤٤)، والبيهقي في السنن الكبرى، باب قطاع الطريق (٨/ ٤٩١ ح١٧٣١٣- ١٧٣١٤). قال الألباني رَحِمَهُ اللَّهُ في إرواء الغليل (٨/ ٩٢ ح٢٤٤٠): «هذا إسناد واه جدًا».

(٥) ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٧٥)، مختصر القدوري (١/ ٢٠٢)، تحفة الفقهاء (٣/ ١٥٦)، بدائع الصنائع (٧/ ٩١).

(٦) ينظر هذا التأويل عند المفسرين والفقهاء في: تفسير السمرقندي (١/ ٣٨٦)، المبسوط (٩/ ١٣٥)، بدائع الصنائع (٧/ ٩٥).

(٧) تُنسب هذه الأبيات إلى صالح بن عبد القدوس الأزدي، الجذامي (ت١٦٩هـ)، مولاهم =

خَرَجْنَا مِنَ الدُّنْيَا وَنَحْنُ مِنْ أَهْلِهَا فَلَسْنَا مِنَ الأَحْيَاءِ فِيْهَا وَلَا المَوْتَى
إِذَا جَاءَنَا السَّجَّانُ يَوْمًا لِحَاجَةٍ فَرِحْنَا، وَقُلْنَا: جَاءَ هَـذَا مِنَ الدُّنْيَا

وإن قتلوا، ولم يأخذوا المال، قتلوا، وإن أخذوا المال، ولم يقتلوا، قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف[1]، وإن قتلوا وأخذوا المال، قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف، وقتلوا، أو صلبوا، وإن شاء الإمام قتلهم، أو صلبهم ولم يقطع في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف[2].

وقال محمد: يقتلهم، ولا يقطعهم؛ لأنَّ قطعَ الطريق جنايةٌ واحدةٌ، فلا يترتب عليها حدَّان، القطع والقتل[3].

ولنا: أن قطع الطريق مجتمعٌ من وجه، مفترقٌ من وجه؛ لأنه في ذاته، وإن كان متحدًا لكن الذي ينقطع به[4] متفرقٌ، فإن شاء الإمام راعى جانب الاتحاد، فيقتل، ولم يقطع، وإن شاء راعى جانب التفرق، وجمع بين القتل والقطع، لا أنَّه حدَّان، لكنه حدٌّ واحد غِلظة في وصفه، ألا ترى أنهم إذا أخذوا المال ولم يقتلوا، تقطع أيديهم وأرجلهم، وهما حدَّان في السَّرقة، فجعلاً حدًّا مغلظًا في قطع الطريق، وإنَّما يقطع ويقتل إذا كان المال المأخوذ يصيب من كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدًا.

= (أبو الفضل)، شاعرٌ حكيمٌ، كان متكلمًا، يعظ الناس في البصرة، له مع أبي الهذيل العلاف مناظرات، اتهم عند المهدي العباسي بالزندقة، فقتله ببغداد. وأنه قالها حين طال حبسه بتهمة الزندقة. ينظر: طبقات الشعراء، لعبدالله بن المعتز العباسي (١/ ٨٩)، التفسير الكبير للرازي (١١/ ٣٤٧)، معجم الأدباء، للحموي (٤/ ١٤٤٥)، الأعلام (٣/ ١٩٢).

(١) وهذا الفعلان: لا خلاف فيه بين فقهاء الحنفية. ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٣٤٠).

(٢) ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٧٦).

(٣) وفي رواية عن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ في الإملاء أنه قال: إن شاء قطع يده ورجله، وصلبه، فأمَّا الصلب فلا أعفيه منه. ينظر: مختصر شرح الطحاوي (٦/ ٣٤٢).

(٤) أي: الطريق.

قال عيسى بن أبان: إن قَتلوا قُتلوا سواء أخذوا المال أو لا؛ لأنَّ القتل جزاء القتل فيترتب عليه، ولهذا إذا قَتلوا ولم يأخذوا المال، قتلوا[١].

ولنا: إذا قتلوا ولم يأخذوا المال، ظهر أن مقصودهم القتل فقط، فيترتب عليه حكمه، وإن قتلوا وأخذوا المال، ظهر أن مقصودهم كان أخذ المال، والقتل وسيلة، فصار أخذ المال هو الأصل، فيعتبر فيه النصاب[٢].

[الصلب يكون بعد القتل أم بعده]

وإن صلبه كيف يصلبه؟ ذكر الكرخي[٣]: أن يصلبه حيا، ويطعن تحت ثُنْدُوتِهِ[٤] من الجانب الأيسر ويقتله[٥].

وعن الطحاوي: أنه يقتله ثم يصلبه؛ لأنَّ الصلب حيًّا، مثلة[٦]، وأَنها محرمة[٧]، والأول: أصح[٨]؛ لأنَّ المقصد من الحدّ الإشهار والإيلام، وأنَّهما يحصلان بالصلب حيًّا ثم يتركه على الخشبة ثلاثة أيام، ثَّم يخلى بينه وبين أهله، يغسلونه

---

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين (٤/ ١١٦).

(٢) قال الجصاص في أحكام القرآن (٤/ ٦١): «واعتبر أصحابُنا في إيجاب قطع الْمُحارب مِقدار المال المأخوذ بأن يُصيب كلُّ واحد مِنْهُمْ عشرة دراهم».

(٣) ينظر: شرح مختصر الكرخي للقدوري (١/ ٤٢٥).

(٤) الثَّنْدُوَةُ: بِفَتْحِ الأول وَالْوَاوِ أَوْ بِالضَّمِّ وَالْهَمْزِ، مكَانَ الْواو وَالدَّالُ فِي الْحَالَتَيْنِ مَضْمُومَةٌ: ثَدْيُ الرَّجُلِ أَوْ لَحْمُ الثَّدْيَيْنِ. ينظر: المغرب (١/ ٧٠)، مختار الصحاح (١/ ٤٨).

(٥) وهي رواية حكاها الكرخي، عن أبي يوسف من قوله؛ لأن الصلب على الوجه أبلغ في الردع؛ ولأن المقصود الزجر، وهو ما يحصل في الحياة، لا بما بعد الموت. ينظر: أحكام القرآن للجصاص (٤/ ٥٨)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٠٣).

(٦) ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٧٦).

(٧) أي: لحديث عَبْدِ اللهِ بْنِ يَزِيدَ الأَنْصَارِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «نهي عَنْ الْمُثْلَةِ وَالنُّهْبَى». أخرجه البخاري، في الجامع كتاب المظالم والغصب، باب: النهبى بغير إذن صاحبه (٣/ ١٣٧ ح٢٤٧٤).

(٨) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٣٤٣).

ويكفنونه ويدفنونه ويصلون عليه عندنا؛ لأن بعد الثلاثة يتأذى الناس برائحته، وقيل: يترك حتى يتقطع، / ويسقط ليعتبر الناس به[١]. (١٧٩/أ)

[قطع الطرق على ذي رحِم مَحْرَم]

وإن كان في المقطوع عليهم ذو رحِم مَحْرَم من قطاع الطريق، درأ الحد عنهم[٢].

وقال أبو بكر الرازي: موضوع المسألة فيما إذا كان المأخوذ مشتركًا بينهم، أمّا إذا لم يكن كذلك، أقيم عليهم الحدّ بأخذ المال من غيره[٣].

والصحيح: ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأنَّ قطع الطريق جناية متحدة، لم توجب الحدّ في حق البعض، فلا توجب الكل؛ لامتناع أن تكون[٤] موجبة، وغير موجبة خصوصًا فيما يدرأ بالشبهات.

[حكم النساء والصبيان في قطع الطريق]

ولو باشر القتل، وأخذ المال امرأة منهم، أجمعوا أنَّ الحدّ لا يقام عليها[٥]، وأمّا هل يقام في حق غيرها؟

فعن أبي حنيفة ومحمد: لا يقام، سواء باشروا معها القتال، أم لا[٦]، وعن أبي يوسف، يقام عليهم[٧]، سواء باشروا أم لا؛ لأنَّ المرأة مكلفةٌ، فيقع فعلها جناية، لكن لم يجب الحدّ عليها لعارض ولا عارض في حق الردء، فيجب.

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٣٤٣)، المبسوط (٩/ ١٣٥)، بدائع الصنائع (٧/ ٩٥)، كنز الدقائق (١/ ٣٦٧).

(٢) ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٧٧)، مختصر القدوري (١/ ٢٠٣)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٣٩٩)، بدائع الصنائع (٧/ ٩١).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٣٤٩).

(٤) أي: العلة.

(٥) قال أبو بكر الرازي الجصاص في شرح مختصر الطحاوي(٦/ ٣٥٠): «ولا خلاف بين أصحابنا أن المرأة لا يجري عليها أحكام قطاع الطريق والمحاربين، وإن حضرت معهم».

(٦) وهو قول زفر. ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٣٥٠).

(٧) أي: الرجال البالغين العقلاء. ينظر: المصدر السابق.

ولنا: أنَّ الحدّ لم يجب على المباشرة وهي الأصل، فلأن لا يجب على غيرها وهو التبع أولى[١].

وإن كان فيهم صبي أو مجنون، فولي القتال والأخذ، درئ الحد عنهم، أمَّا على قولهما: فظاهر[٢]، وأمَّا على قول أبي يوسف؛ فلأنَّ المجنون فعله لا يقع جناية، بخلاف فعل المرأة، فإن تولي القتل، وأخذ المال رجل منهم، أقيم الحدّ عليهم؛ لأنَّ ذلك إنَّما تولى بقوتهم ومعونتهم، فأضيف القطع إلى جميعهم، فينزل الردء ههنا منزلة الردء مع المباشر في الغنيمة، فكل ما يسقط الحد في السرقة، يسقط الحد ههنا؛ لأنَّه عقوبة، فتدرأ بالشبهة[٣].

وحد قطع الطريق يجب حقا لله، يستوفيه نائبه، وهو الإمام، حتى إن المقطوع عليهم إذا عفوا أو أبرءوا أو صالحوا، لا يصح؛ لأنه[٤] ليس بحقهم، ومتى سقط حد القطع بمسقط، ظهر حقهم، فمن قتل منهم عمدًا بحديدة، فلأوليائه أن يقتلوه قصاصًا أو يعفوا[٥].

---

(١) من القواعد الفقهية التي وردت بصيغ متعددة عند الحنفية، قولهم: (التابع يسقط بالمتبوع). وقبل: (يسقط الفرع إذا سقط الأصل). وقريب منها: (إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه). ينظر: بدائع الصنائع (١/ ١٠٧)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/ ١٠٣)، ترتيب اللآلي (١/ ٤٦٣) و(٢/ ١١٧٦).

(٢) أي: قول ابي حنيفة ومحمد وزفر رَحِمَهُمَاٱللَّهُ. ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٣٥٠)، مختصر القدوري (١/ ٢٠٣)، المبسوط (٩/ ١٩٧).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٣٥٠)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٩٩)، البناية شرح الهداية (٧/ ٩٠).

(٤) أي: الحد.

(٥) ينظر: شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٣٩٩)، بدائع الصنائع (٩/ ٩٧)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٠٥).

[ما فعله المحاربون مما يوجب القصاص]

وإن أصابهم جراح، اقتصوا فيما يجب القصاص، وأخذوا الأرش فيما لا يجب القصاص، وضمنوا الأموال؛ لأنَّه لما سقط الحد صار؛ كأن الفعل وجد من غير قطاع الطريق.

[توبة قطاع الطريق قبل القدرة]

وكذلك إذا أُخذوا بعدما تابوا؛ لأن بالتوبة قبل القدرة عليهم؛ بطل الحدّ عنهم(١)، لقوله تعالى: ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبۡلِ أَن تَقۡدِرُواْ عَلَيۡهِمۡۖ ﴾(٢)(٣).

وعن علي -كرم الله وجهه-: «أنه كتب إلى عامله بالبصرة أنَّ حارثةَ بن زيد(٤) كان خرج محاربًا لله ورسوله، ثم تاب من قبل أن تقدروا عليه، فلا يتعَرَّض له إلا بخير»(٥).

وإن قطع بعض القافلة على البعض الطريق، درئ عنهم الحد؛ لأن حرزهم واحد، وهي القافلة، فأشبه من سرق من صاحبه، وهما في حرز واحد، لا يقطع، كذا/ ههنا(٦). (١٧٩/ب)

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٠٢)، المبسوط ٩/ ١٩٨)، بدائع الصنائع (٧/ ٩٦)، النهر الفائق (٣/ ١٢٥).

(٢) سورة المائدة، الآية (٣٤).

(٣) قال الجصاص في شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٣٤٤): «فأخرجهم من جملة من أوجب عليهم الحد بالاستثناء؛ لأن موضوع الاستثناء: لإخراج بعض ما دخل في الجملة. . .). للمزيد ينظر: المبسوط (٩/ ١٩٨)، الجامع لأحكام، القرآن للقرطبي (٦/ ١٥٨)، تفسير فتح القدير، للشوكاني (٢/ ٤٣).

(٤) هو: حارثة بن زيد التميمي، من أهل البصرة، أفسد في الأرض ثم تاب قبل أن يقدر عليه، كان يغزو خراسان، مات غريقا بالأحواز في ولاية المهلب . ينظر: تاريخ مدينة دمشق (١١/ ٣٨٩)، الوافي بالوفيات (١١/ ٢٠٥).

(٥) الأثر أخرجه البيهقي، في السنن الكبرى، باب: المحارب يتوب (٨/ ٤٩٣ ح١٧٣٢١)، وأخرجه أيضا بنفس الموطن من حديث عثمان بن عفان رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ.

(٦) ينظر: الهداية شرح البداية (٢/ ٣٧٧)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ١١٦)، كنز الدقائق (١/ ٣٦٨).

[من شهر سلاحا على مسلم فقتله المشهور عليه]

رجل شهر سلاحًا على آخر في المصر ليلاً أو نهارًا فقتله المشهور عليه، لا شيء عليه، وكذا إذا شَهَرَ عليه خارج المصر؛ لأنَّ السلاح لا يلبثُ، فلا يلحقه الغوث[1] قبل القتل، فدعت الضرورة إلى قتله دفعًا عن نفسه، فصار دم الشَّاهر، هدرًا.

[قطع الطريق في المصر والمدينة]

وكذا إذا شهر عليه عصًا في المصر ليلاً؛ لأنَّ العصا وإن كانت تلبث، لكن الغوث لا يلحقه في الليل، فأشبهت السيف من هذا الوجه. وإن كان نهارًا في المصر، فقتله المشهور عليه بالسيف، قتل به؛ لأنَّ الغوث يلحقه في المصر، فلا يطلق له القتل دفعًا؛ لأنَّ الضرورةَ لم تدع إلى ذلك[2].

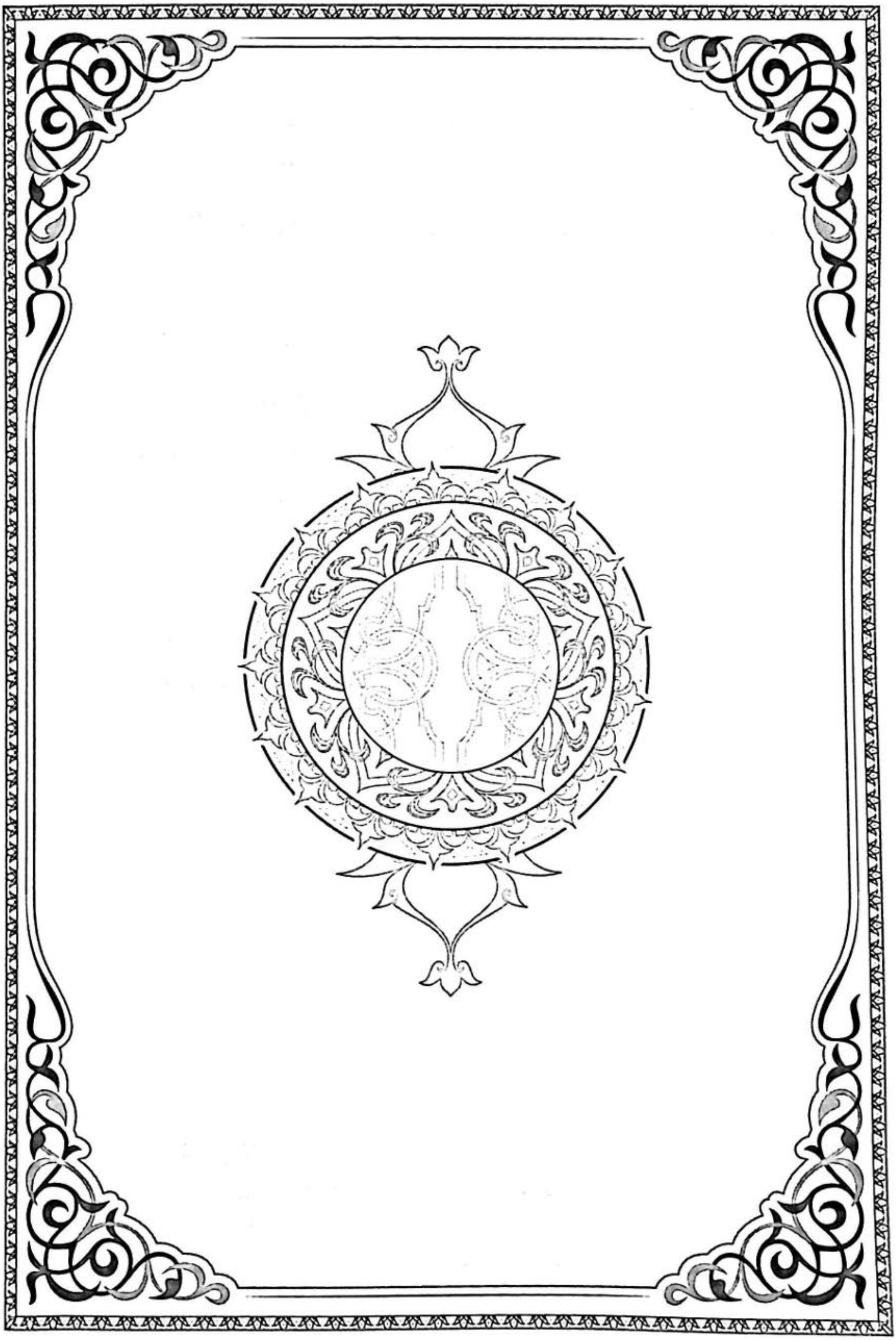
ولو شهر عليه عصا خارج المصر في الصحراء ليلاً أو نهارًا، فقتله المشهور عليه، لا شيءَ عليه؛ لأن خارج المصر لا يلحقه الغوث إذا استغاث، فاضطر إلى قتله دفعًا، فصار دمه هدرًا. والله أعلم[3].

* * *

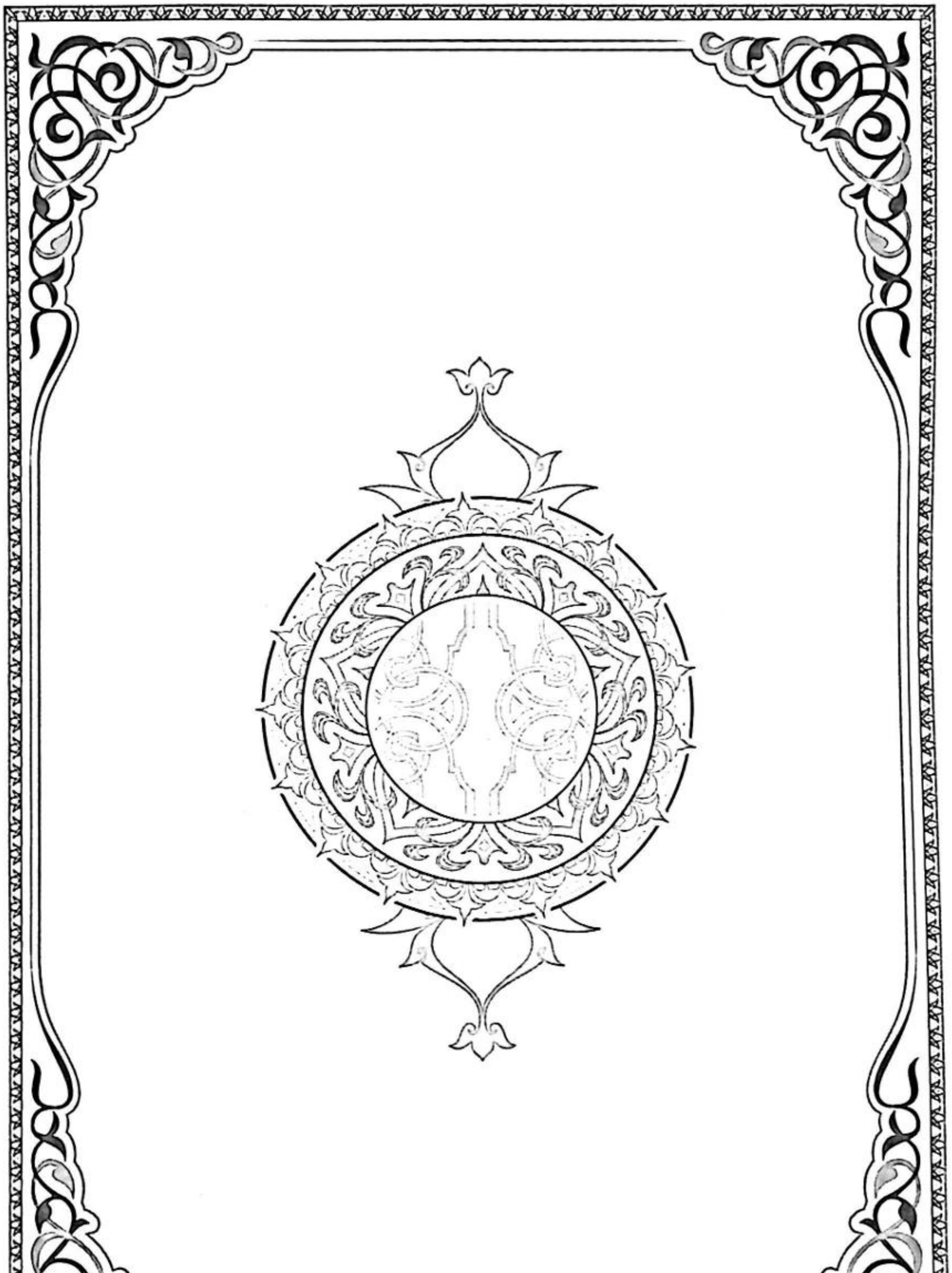
(١) الغوث لغة: من الإغاثة، وهي الإغاثة والنصرة عند الشدة. ينظر: طلبة الطلبة (١/ ٧٩).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٠٢)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٠٠)، تبيين الحقائق (٣/ ٢٣٩)، البناية شرح الهداية ٧/ ٩٢).

(٣) ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٧٦-٢٧٧)، شرح مختصر الطحاوي (٦/ ٣٤٦)، تبيين الحقائق (٣/ ٢٣٩).



كتاب السير



كتاب السير[1]

السير: عبارةٌ عن أمور الغزو، والجهاد، كالمناسك عبارة عن أمور الحج.

باب الارتداد واللحاق بدار الحرب

الأصل فيه:

وهو أنَّ مَن جاز تقريره على كفره من أهل الحرب بالجزية، جاز تقريره عليه بضرب الرق؛ كأهل الكتاب منهم، ومشركي العجم؛ لأنَّه بمعناهم، ومن لم يجز تقريره عليه بأخذ الجزية، لا يجوز تقريره عليه بضرب الرق؛ كمشركي العرب[2]؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لا يُقْبَلُ مِنْ مُشْرِكِي الْعَرَبِ إِلَّا الإِسْلَامُ أَوْ السَّيْفُ**»[3]، وكذلك المرتدون[4]: لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ**»[5].

---

(١) السِّيرة لغة: الطَّريقة والهيئة، أمَّا في الاصطلاح: فالمراد بالسِّير: أُمُور الغزو وما يَتَعلَّقُ به، وطَرِيْقَةُ المسلمين في معاملة الكفَّار والمُرتدين وأهل البغي. ينظر: المبسوط (١٠/ ٢)، طلبة الطلبة (١/ ٧٩).

(٢) قال الطحاوي رَحِمَهُ اللَّهُ في مختصر اختلاف العلماء (٣/ ٤٨٤): «قال أصحابنا: لا يقبل من مُشْركي الْعرب إِلَّا الْإِسْلَام، أَو السَّيْف، وتقبل من أهل الْكتاب من الْعرب، وَمن سائر الْكفَّار الْعجم الجزية».

(٣) لم أجده بهذا اللفظ. وإنما هو معنى الحديث الذي أخرجه أبو داود، في كتاب الخراج والإمارة والفيء، (٣/ ١٦٨ح ٣٠٤٤)، عن ابن عباس: "جاء رجلٌ من الْأَسْبَذِيِّينَ من أَهْل الْبحرَيْنِ، وهم مجُوسُ أَهْلِ هجر إِلَى رسُول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فمكَثَ عندهُ، ثُمَّ خرج فسأَلْتُهُ ما قضى اللهُ ورسُولُهُ فيكمْ، قال: شَرٌّ، قُلت: مَهْ؟ قال: «الْإِسلَامُ، أَوِ الْقَتْلُ»، قال: وَقال عبْدُ الرَّحمنِ بْنُ عَوْفٍ: «قَبل منْهُمُ الْجِزْيَةَ»، قَال ابْنُ عَبَّاسٍ: " فأخذَ النَّاسُ، بِقَوْل عَبْد الرَّحمن بْنِ عوْفٍ: وترَكُوا ما سمعْتُ".

(٤) أجمع الصحابة–رضوان الله عليهم– على قتال أهل الردة، مع بقائهم على إسلامهم، لأن أبا بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قاتلهم، وقال: لا تقبلوا منهم إلا السيف، أو الإسلام. ينظر: مراتب الإجماع، لابن حزم (١/ ١٢٦).

(٥) الحديث أخرجه البخاري، في الجامع، كتاب استتابة المرتدين والمعاندين وقتالهم، باب =

وإن ظهر[١] عليهم فنسوانهم وصبيانهم، فيء؛ لأنه حرم قتلهم، فتعين الاسترقاق، بخلاف رجالهم فإنه ما حرم قتلهم فإن أسلموا، وإلا قتلوا، إلا أن نسوان المرتدين وصبيانهم، يجبرون على الإسلام بخلاف نسوان مشركي العرب وصبيانهم، فإنهم ما التزموا الإسلام، والمرتدون التزموا[٢].

والولد يتبع الأم في السبي، كما يتبعها في الملك[٣]، ويتبع الأب في الجبر على الإسلام[٤]، كما يتبعه في حقيقة الإسلام؛ لأن الجبر وسيلة إليه؛لأنه إنما يجبر رجاء أن يسلم، فإذا تبعه في الأصل تبعه في الوسيلة، **والْوَلَدُ يَتْبَعُ خَيْرَ الْأَبَوَيْنِ دِينًا** بالنص[٥].

والمرتد ميت حكمًا، لكن لا يستقر موته لاحتمال عوده إلى الإسلام ما لم يمت، أو يقتل على الردة، أو يقضي بلحاقه بدار الحرب، فإذا استقر يجري عليه أحكام الموتى، وعوده مسلمًا بمنزلة عوده حيًا[٦].

= حكم المرتد والمرتدة (٩/ ١٥ ح٦٩٢٢)، من حديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(١) الظهور لغة: الظَّفَرُ بالشَّيء، والاطِّلاع عليه. ينظر: لسان العرب (٤/ ٥٢٦).

(٢) ينظر: شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٢١٢)، الهداية شرح البداية (٢/ ٤٠٢)، العناية شرح الهداية (٦/ ٤٩).

(٣) من القواعد الفقهية عند الحنفية: (الولد يتبع الأم في الحرية والـرِّق والتَّدبير والكتابة، وحكم أُمِّيَّةِ الولدِ وفي النسب يتبع الأب، وفي الدِّين يتبع خيرَ الأبوين دينًا). ينظر: المبسوط (١٠/ ٦٣)، كشف الأسرار (٢/ ٢٧٣)، درر الحكام (١/ ٣٠٤)، البحر الرائق (٤/ ٢٥١).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ١٠٤)، الهداية شرح البداية (١/ ٩١)، المحيط البرهاني (٣/ ١٤٣)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ١١٢).

(٥) لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُم بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ﴾ [الطور: ٢١]. ينظر: مفاتيح الغيب، للرازي (٢٨/ ٢٨).

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٧/ ١٣٦)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ١٤٦)، مجمع الأنهر (١/ ٦٨٢).

وتصرفُ المرتد فيما ينبني على الملة، باطلٌ بالإجماع؛ كالنكاح، والذبح؛ لأنه يعتمد جوازه الملة ولا ملة له وفيما لا ينبني على حقيقة الملك، جائز بالإجماع/ ؛ كالطلاق[١]، والاستيلاد، وفيما ينبني على المساواة؛ كالمفاوضة[٢] موقوف بالإجماع؛ لأنه لا مساواة بين المرتد والمسلم، حتى يسلم، وفيما ينبني على الملك موقوفٌ عند أبي حنيفة جوازه على الإسلام، وبطلانه على الموت، أو القتل على الردة، أو قضاء القاضي بلحاقه بدار الحرب. (١٨٠/أ)

وعند صاحبيه: جائزٌ، لكن كما يجوز من المريض عند محمد لإشرافه على الموت، ومن الصحيح عند أبي يوسف لكونه صحيحًا حقيقة.

وردة الصبي العاقل، تصح عند أبي حنيفة ومحمد، خلافًا لأبي يوسف، وإسلامه يصح عندنا[٣]، خلافًا لزفر والشافعي[٤].

فإذا عرف هذا نقول:

[حكم أولاد المرتدين]

قال: رجل وامرأته ارتدا ولحقا بدار الحرب فحَبلت[٥] فيها، وولدت، وولد لولدها ولد، ثم ظهر على الولدين، فالولدان فيء؛ لما مرَّ: أن الولد تبع للأم في

---

(١) لأن الطلاق لا يفتقر إلى تمام الولاية؛ لأن العبد يصح طلاقة مع أنه لا ولاية له على نفسه. ينظر: البناية شرح الهداية (٧/ ٢٨٢).
(٢) المفاوضة: هي شركة متساويين، مالاً وتصرفًا ودينًا. ينظر:التعريفات (١/ ٢٢٣).
(٣) ينظر: المبسوط (٥/ ٤٧)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤٠٥)، بدائع الصنائع (٧/ ١٣٤)، الهداية شرح البداية (٢/ ٤٠٩).
(٤) ينظر: الأم (٦/ ١٧٢)، البيان (١٢/ ٣٩)، نهاية المطلب (٨/ ٥٢٣)، المجموع (١٩/ ٢٢٣)، تخريج الفروع على الأصول (١/ ٢٤٦)، الأشباه والنظائر، للسبكي (٢/ ٢٠).
(٥) حَبلت: بالفتح الحمل، وحبلت المرأة فهي حبلى. ينظر: طلبة الطلبة (١/ ٤٤).

السبي[١]، ويجبر الولد الأول[٢]؛ لما بينا: أن الولد يتبع الأب في الجبر، ولا يجبر الولد الثاني[٣].

وفي رواية الحسن[٤] عن أبي حنيفة، يجبر تبعًا للجد، والجدُّ؛ كالأب في رواية الحسن عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ في أربع، وفي ظاهر الرواية ليس كالأب.

إحداها: الولد يصير مسلمًا بإسلام أبيه، ولا يصير مسلمًا بإسلام جده، في ظاهر الرواية، وفي رواية الحسن عنه: يصير مسلمًا بإسلام الجد.

والثانية: الأب يؤدي صدقة الفطر عن ابنه الصغير، أما هل يؤدي الجد عن نافِلَته الصغير؟ في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ لا يؤدي، وفي رواية الحسن عنه: يجب أن يؤدي.

والثالثة: العبد إذا أعتق، يجبر ولاء[٥] ولده، ولو كان مكانه جد، فأعتق، هل يجبر ولاء نافلته؟ في ظاهر الرواية: لا يجبر، وفي وراية الحسن: يجبر[٦].

---

(١) السبي لغة: الأسْرُ. ينظر: الصحاح (٦/ ٢٢٧١).

(٢) أي: على الإسلام.

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٠٣)، شرح مختصر الطحاوي (٦/ ١٢٤)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٠١).

(٤) المقصود هو الحسن بن زياد.

(٥) الولاء عند الحنفية نوعان: ولاء العَتَاقَةِ، وسَبَبُهُ نعمة العتق، وولاء الموالاة، وسببُهُ العقد، وصورة الأخير: أن يقول شخصٌ لآخر: «أنت مولاي، ترثني وأرثك، وتعقل عنّي وأعقل عنك»، فيقول الآخر له: «قبلت»، فيتمُّ العقد بينهما، وهما فيه بالخيار ما لم يعقل أحدهما عن الآخر، لكنَّ جمهور الفقهاء من غير الحنفية، لم يعتدوا بهذا النوع من الولاء، واعتبروه منسوخًا في الإسلام. ينظر: الناسخ والمنسوخ لأبي عبيد القاسم (١/ ٢٢٦)، الناسخ والمنسوخ، للنحاس (١/ ٣٣١)، أحكام القرآن، للجصاص (٣/ ١٤٥)، بدائع الصنائع (٤/ ١٧٠).

(٦) صورة المسألة: معتقةٌ تزوجت بعبد، وله أب عبد، فولدت منه، فالولد تبع لأمه، وولاؤه لمولى أمِّه، فإذا عتق جده، لا يجُرُّ ولاء حافده إلى مواليه عن موالي أمِّه، في ظاهر الرواية، وفي رواية الحسن: يجرُّه، كما لو أعتق أبوه.

والرابعة: رجل أوصى لذوي قرابته[١]، لا يدخل الأب في الوصية بالإجماع[٢]، وهل يدخل الجد؟ في ظاهر الرواية: يدخل، وفي رواية الحسن: لا يدخل. وإن حبلت في دار الإسلام، فكذلك، وتقييده بالحبل في دار الحرب وقع اتفاقًا[٣].

[من تؤخذ من الجزية ومن لا تقبل منه]

قومٌ من العرب من أهل الكتاب، أرادوا أن يصيروا ذمةً لنا ويعطوا الجزية، لا بأس بالقبول؛ لأنَّ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**صالح بني نجران على ألف، ومائتي حلة**»، وهم كانوا نصارى العرب[٤][٥]. وإن ظهر عليهم قبل ذلك، فهم ونسوانهم، وصبيانهم فيء[٦]؛ لما بينا: أن من جاز تقريره بالجزية جاز تقريره بضرب الرق[٧]؛ لأنه بمعناه. ومشركو العرب إذا أرادوا ذلك منا، لا يقبل منهم[٨]، لقوله

(١) وذو القرابة عند أبي حنيفة، وزفر رَحِمَهُمَا اللَّهُ هو (كل ذي رحِم مَحْرم ممن لا يرثه؛ فالأقرب الرجال والنساء فيه سواء، وأقلهم إثنان). وقال أبو يوسف ومحمد، رَحِمَهُمَا اللَّهُ: فهو على بني الأب الذين ينسبون إليه من قبل الرجال، أو النساء، أقصى أب في الإسلام. ينظر: مختصر اختلاف العلماء (٥/ ٣٩).

(٢) ينظر الإجماع، لابن المنذر (١/ ٧٦)، مراتب الإجماع، لابن حزم (١/ ١١٣)، تحفة الفقهاء (٣/ ٢١٢).

(٣) ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٠٨).

(٤) الحديث أخرجه أبو داود، في السنن، كتاب الخراج والأمارة والفيءباب: في أخذ الجزية (٣/ ١٦٧ ح٣٠٤١)، من طريق ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. قال ابن حجر رَحِمَهُ اللَّهُ في الدراية (٢/ ١٣٢): «رواته موثقون، إلا في سماع السدي عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا فيه نظر». والحديث ضعفه الألباني في ضعيف سنن أبي داود (٢/ ٤٤٤).

(٥) **نجران**: هي مدينة عريقة، عرفت منذ أن عرف للعرب تاريخ، وهي واد كبير كثير المياه والزرع وبها آثار أهمُّها مدينة الأخدود، وكانت أصل النصرانية بنجران، مع أن العرب كانوا أصحاب أوثان؛ لأن فيها أصحاب الأخدود، وهي تقع اليوم في جنوب المملكة العربية السعودية. ينظر: معجم البلدان (٥/ ٢٦٦)، المعالم الجغرافية الواردة في السيرة النبوية (١/ ٤٣٣).

(٦) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٠٣)، السير الصغير، للشيباني (١/ ١٥٢)، خزانة الفقه (١/ ٣٠٣)، مختصر القدوري (١/ ٢٣٢)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤٠١).

(٧) ذكره في بداية باب الإرتداد.

(٨) الأصل فيه: قوله تعالى: ﴿فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلۡأَشۡهُرُ ٱلۡحُرُمُ فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡ﴾ =

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لا يُقْبَلُ مِنْ مُشْرِكِي الْعَرَبِ إِلَّا الإِسْلَامُ أَوِ السَّيْفُ**»(١).

وإن ظهر عليهم فنسوانهم وصبيانهم، فيءٌ، ورجالهم يعرض / عليهم الإسلام فإن قبلوا، وإلا قتلوا، بخلاف الصبيان والنسوان؛ لأنه حرم قتلهم بالإجماع، فتعين استرقاقهم(٢). (١٨٠/ب)

قومٌ: ارتدوا وغلبوا على مدينة، وأرادوا أن يصيروا ذمةً لنا، يؤدون الجزية، لا يقبل منهم(٣)؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ**»(٤)؛ ولأنَّ كفرهم أغلظ؛ لأنهم كفروا بعدما عرفوا محاسن الشريعة، فأشبهوا مشركي العرب في تغليظ الكفر؛ لأن الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ منهم، والقرآن نزل بلغتهم، فصار كفرهم أغلظ من كفر غيرهم، فإن ظهر عليهم، فنسوانهم وصبيانهم، فيء، لكنهم يجبرون على الإسلام بخلاف نسوان مشركي العرب وصبيانهم؛ لأنهم ما التزموا الإسلام قبل ذلك، والمرتدون التزموا(٥).

[موادعة أهل الحرب وأهل الردة]

وللإمام أن يوادع أهل الحرب على مال إذا رأي في ذلك مصلحة للمسلمين، بأن كان بهم ضعف، ولأهل الحرب قوة، ليتهيئوا لقتالهم في المستقبل، فتصير الموادعة وسيلة إلى قتالهم.

= [التوبة:٥]. وهذا في مشركي العرب. ينظر: أحكام القرآن للجصاص (٢/ ١٦٨).

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ولهم في ذلك أدلة. ينظر:الجامع الصغير (١/ ٣٠٤)/ شرح مختصر الطحاوي (٦/ ١٢٠)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٠١) .

(٣) ينظر: شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٠١)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٠٩).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٨٤)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٠٢)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ١٢٢).

وله أن يوادع المرتدين أيضًا، لينظروا في أمورهم، ولكن لا يأخذ منهم المال على الصلح؛ لأن سببه الجزية، وأنها غير مشروعة في حقهم، لكن مع ذلك إذا أخذ لا يرد؛ لأن أموالهم غير معصومة(١).

[مال المرتد بعد لحوقه بدار الحرب]

رجل ارتد ولحق بدار الحرب، فللقاضي أن يقضي بعتق أمهات أولاده، من جميع المال، ومدبريه من الثلث، وتحل ديونه(٢)، وتقسم تركته بين ورثته المسلمين؛ لما مرَّ: أن ردته موته حكمًا(٣)، ولا يستقر إلا إذا اتصل القضاء بلحاقه، وقد اتصل، فتجري عليه أحكام الموتى، ومن أحكام الموتى، ما ذكرنا(٤). فإن عاد بعد ذلك مسلمًا، إن كان قبل القضاء صار كأن لم يزل مسلمًا فلا يغير عليه شيء. (٥)

وإن عاد بعد القضاء: فما وجد من أمواله قائمًا في أيدي الورثة، أخذه لما مرَّ؛ أن عوده مسلمًا؛ كعوده حيًّا(٦)؛ لأنَّ الورثة إنما تخلف المورث في أملاكه إذا استغنى عنها، ولهذا لا يخلفونه في قدر الدين، والوصايا، وقدر التكفين، والتجهيز، فإذا عاد حيًّا فقد احتاج إليه(٧)، لكن ما أزاله الورثة عن ملكهم، لا

---

(١) ينظر: السير الصغير (١/ ١٦٥)، مختصر القدوري (١/ ٢٣٢)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٠٢)، تبيين الحقائق (٣/ ٢٧٨، ٢٨٢).
(٢) أي: المؤجل من الديون تصبح حاله.
(٣) تقدم.
(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٠٤)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٦١)، شرح مختصر الطحاوي (٦/ ١٣٦)، مختصر القدوري (١/ ٢٣٧).
(٥) ينظر: خزانة الفقه (١/ ٣٠٢)، مختصر القدوري (١/ ٢٣٧)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤٠٣).
(٦) تقدم.
(٧) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٠٥)، خزانة الفقه (١/ ٣٠٢)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤٠٢).

يتعرض له؛ لأن تصرفهم حين وجد، جاز ونفذ، لصدوره عن الولاية، فلا يغير، وكذا لا سبيل له على أمهات الأولاد، والمدبرين؛ لأن قضاء القاضي نفذ حين وجد، فلا ينقض[١].

[مال المرتد في دار الحرب]

مرتدٌّ خرج بماله، ولحق بدار الحرب، فظُهِر عليه، فماله [فيء][٢]؛ لأنه مال حربي استولى عليه المسلم.[٣]

وإن رجع بعدما لحق بدار الحرب، وأخذ من ماله الذي في يد الورثة، ثم ظهر عليه إن وجده الورثة قبل القسمة، أخذوه بغير شيء، وبعد القسمة بالقيمة؛ لأنه مال مسلم أخذه الحربي وأحرزه بدار الحرب، فالحكم فيه ما ذكرنا[٤]. (١٨١/أ)

[تصرفات المرتد]

تصرفات المرتد على أربعة: /

أحدها: ما يجوز بالإجماع؛ كالطلاق والاستيلاد[٥]؛ لما مر. **والثاني:** ما يبطل بالإجماع؛ كالنكاح، والذبيحة[٦]. **والثالث:** ما يتوقف فيه بالإجماع؛

---

(١) من القواعد المهمة المحكمة: (قاعدة الاجتهاد لا ينقض بمثله)، وهي من القواعد المشتركة بين علمي أصول الفقه والقواعد الفقهية. والمعنى: أن الاجتهاد المستوفي شروطه، إذا اتصل بالحكم أو القضاء ونفذ لا يمكن نقضه بالاجتهاد وذلك؛ لأنه يفضي إلى عدم الاستقرار في الأحكام وزوال الثقة بالحكام ويفتح باب الفوضى والفساء. ينظر: المبسوط (١٠/ ١٩٤)، كشف الأسرار (٣/ ٨٣)، ترتيب اللآلي (١/ ٢٤٧)، مجلة الأحكام العدلية (المادة: ١٦)، شرح القواعد الفقهية للزرقا (١/ ١٥٥).

(٢) ما أثبته السياق بقتضيه. وهو موافق لمتن الجامع الصغير (١/ ٣٠٥).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ١٣٣)، مختصر القدوري (١/ ٢٣٧)، شرح الجامع، لقاضي خان (١/ ٢١٤)، الهداية شرح البداية (٢/ ٤٠٩).

(٤) ينظر:الجامع الصغير (١/ ٣٠٥).

(٥) تنظر المسألة- مع تعليلاتها- في: المبسوط (١٠/ ١٠٤)، الهداية شرح البداية (٢/ ٤٠٩)، اللباب في شرح الكتاب (٤/ ١٥٢).

(٦) تنظر المسألة في:الهداية شرح البداية (٢/ ٤٠٩)، البناية شرح الههاية (٧/ ٢٢)، مجمع الأنهر (١/ ٦٨٤).

كالمفاوضة؛ لما مر[١]. **والرابع**: يتوقف عند أبي حنيفة؛ كالبيع والشراء والهبة والصدقة، وعند صاحبيه، لا يتوقف. وتصرفات المرتد صحيحة بإجماعهم[٢].

لهما: أن صحة هذه التصرفات تنبني على الملك، وملك المرتد قائم، فتصح. لأبي حنيفة: أن المرتد حربيٌّ مقهور تحت أيدينا، والحربيُّ متى صار مقهورًا تحت أيدينا، توقف الأمر في نفسه، وأملاكه، فكذا في تصرفاته المبنية عليها.

[حكم الرتد]

ويعرض الإسلام على المرتد رجاء أن يسلم، فإنْ أبى، قتل؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ**»[٣]. والمرتدة، لا تقتل عندنا[٤].

وعند الشافعي: تقتل[٥]؛ لعموم قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ**»[٦].

ولنا: نهى النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن قتل المرأة[٧]. وهذه امرأة، فصارت مخصوصة عما روي، ولأن الخلاف في هذا بناء على الخلاف في المبيح للقتل، فعندنا: المبيح الحراب بدليله ولم يوجد في حقها، وعنده الكفر وقد وجد في حقها ويستوي في ذلك الحر والعبد.

---

(١) المعنى:أن المرتد إذا فاوض مسلما- يعني شركة المفاوضة- توقف، فإن أسلم نفذت المفاوضة، وإذا مات أو قتل أو قضى بلحاقه بدار الحربطلت المفاوضة بالإتفاق.

(٢) سبق أن ذكر الشارح هذه المسائل في بداية الباب.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٠٦)، شرح مختصر الطحاوي (٦/ ١١٤)، مختصر القدوري (١/ ٢٣٧)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤٠٤).

(٥) ينظر: الأم (٦/ ١٨٠)، الحاوي الكبير (١٣/ ١٥٥)، المجموع (١٩/ ٢٢٨)، تخريج الفروع على الأصول (١/ ٣٣٧)، مغني المحتاج (٥/ ٤٣٦).

(٦) تقدم تخريجه.

(٧) الحديث أخرجه الدارقطني، في سننه، كتاب الحدود والديات وغيره (٤/ ١٢٦ ح٣٢١١)، من طريق بن عباس قال: قال: رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**لا تُقْتَلُ الْمَرْأَةُ إِذَا ارْتَدَّتْ**». قال الدارقطني: «**لا يصح**».

وتجبر المرتدة على الإسلام حرة كانت أو أمة(١)، لكن الأمة يجبرها مولاها مراعاة بين الحقين: حق الله تعالى بالجبر على الإسلام، وحق السيد بتمكينه من استخدامها.

[ارتداد الصبي]

وردة الصبي العاقل تصح عند أبي حنيفة ومحمد؛ كإسلامه(٢)، وعند أبي يوسف: لا تصح؛ لأن عقله ملحق بالعدم في حق التصرفات الضارة، والردة من جملتها، بخلاف الإسلام. وإسلام الصبي العاقل، يصح عند علمائنا الثلاثة(٣).

وعند زفر، والشافعي(٤): لا يصح، لأن عقل الصبي ملحق بالعدم في حق التصرفات الضارة، والدائرة بين الضر والنفع والإسلام في حق أحكام الدنيا من التصرفات الدائرة بين الضر والنفع، فإنه يحرم الإرث، وتبين امرأته، وأنه ضرورة.

ولنا: آمن بالله عن غيب، فيصح؛ كالبالغ، آية أنه كذلك: أن الإيمان تصديق محمد صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بما جاء به من عند الله، وقد وجد بدليله، وهو الإخبار الصادر عن عقل وتمييز؛ لأنه متى صدر عن عقل وتمييز، فقد صدر عمن له طريق العلم بالمخبر به، ومن أخبر بخبر محتمل للصدق، وله طريق العلم بالمخبر به، يجعل المخبر به ثابتًا في حقه في حق حكم يخصه؛ لأنه ينفعه ولا يضر غيره.

---

(١) ينظر: السير الصغير (١/ ٢٠٤)، شرح مختصر الطحاوي (٦/ ١٣٧)، مختصر القدوري (١/ ٢٣٧)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٢١٨).

(٢) ينظر: المبسوط (٥/ ٤٧)، بدائع الصنائع (٧/ ١٣٤)، المحيط البرهاني (٣/ ١٤٥)، البحر الرائق (٨/ ٥٤١).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ١٢٩)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٠٥)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢١٨)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ١٤٨).

(٤) قال السبكي في الأشباه والنظائر (٢/ ٢٠): «إسلام الصبي الصحيح عندنا: أنه لا يصح، لأن صحته فرع تقدم الإلزام به، ولا إلزام مع الصبي شرعًا».

وبهذا الطريق صححنا إسلام البالغ، فإن بيَّن هو معنى آخر لا يضرنا بعد إن كان ما ذكرنا مناسبًا لجواز أن يكون الأصل معلولاً / ، بعلتين: قاصرة ومتعدية، فتعدى الحكم من الأصل إلى الفرع بالمتعدية، دون القاصرة.[1] (١٨١/ب)

[كسب المرتد في حال الردة]

رجل ارتد وله مال اكتسبه في الإسلام واكتسبه بعد الردة أيضًا، ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلمًا قبل القضاء بلحاقه، فالمالان، له؛ لما مر: أن عوده مسلمًا قبل القضاء، يصير؛ كأنه لم يزل مسلمًا، ولو لم يعد، قسّم كسبه الذي اكتسبه قبل الردة بين ورثته المسلمين، عند أبي حنيفة، وما اكتسبه بعد الردة فيء، وعند صاحبيه: الكسبان لورثته[2].

وعند الشافعي: الكسبان فيء[3]؛ لأنَّ المسلم لا يرث الكافر، لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ»[4].

---

(١) العِلَّة القاصرة: هي التي يثبت وجودها في الأصل، ولا تتعدى إلى الفرع أي: لا تتعدى محل النص؛ كالسفر المبيح للفطر، والقصر، والاستبراء للأُمَّة في أول حدوث ملكها. ينظر. والعِلّة العلة المتعدية: هي ما يثبت وجودها في الأصل والفرع، أي: تتعدى من محل النص إلى غيره؛ كالقتل العمد العدوان، والزنا، والإسكار، والكيل وغير ذلك. ينظر: روضة الناظر (٢/ ٢٦١)، تخريج الفروع على الأصول (١/ ٤٧)، كشف الأسرار (٣/ ٣١٥)، البحر المحيط (٧/ ١٦٤)، معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة، للجيزاني(١/ ١٩٣).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٠٧)، شرح مختصر الطحاوي (٦/ ١٣٨)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٠٦)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢١٩).

(٣) ينظر: الأم (٤/ ٨٨-٩٣)، مختصر المزني (٨/ ٢٤٠)، الحاوي الكبير (٨/ ١٤٥)، البيان (٩/ ١٨).

(٤) الحديث أخرجه البخاري، في الجامع، كتاب الفرائض، باب: لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم (٨/ ١٥٦ ح١٧٦٣)، ومسلم في صحيحه، كتاب الفرائض، باب: قدر الطريق إذا اختلفوا فيه (٣/ ١٢٣٣ ح ١٦١٤)، كلاهما من طريق أسامة بن زيد، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

ولهما: أن تصرفات المرتد، تصح عندهما، فيثبت الملك له، فيصير ماله لكسبته قبل الردة، وإذا صار الكسبان ماله، تخلفه الورثة فيه.

ولأبي حنيفة: الورثة إنما تخلف المورث فيما يتركه عند موته[على][(١)] ردته، فيخلفونه في المتروك حينئذ، أمَّا في الموجود بعد ذلك، فلا يتأتى فيه الإرث، وبهذا ظهر أن هذا توريث المسلم من المسلم، ولا يورث المسلم من الكافر[(٢)].

[حكم ادعاء ولد جارية المرتد]

مرتدٌّ وطِئ جارية نصرانية كانت له قبل الردة، فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر منذ ارتدَّ، فادعاه، صحت دعوته، وصارت الجارية أم ولده، والولد ابنه؛ لما مر: أن استيلاد المرتد، نافذ بالإجماع[(٣)]، ولا يرثه الولد؛ لأنه مرتد لا يرث، وإن كانت أمه مسلمة، ورث؛ لأن الولد يتبع خير الأبوين دينًا، فصار مسلمًا بإسلامها[(٤)].

[دية القتل الخطأ من مال القاتل المرتد]

مرتدٌّ قتل رجلاً خطأ، فالدية في كسب الإسلام، عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه: فيهما[(٥)]، ولا يجب على العاقلة؛ لأنها لا تعقل المرتد، فصارت دينًا في ماله، والكسبان ماله عندهما[(٦)].

وعند أبي حنيفة: ماله الذي اكتسبه قبل الردة، وما اكتسبه بعد الردة، فيء، فلا يكون ماله.

---

(١) وما أثبته لا يستقيم الكلام إلا به. وهو موافق لمتن الجامع الصغير (١/ ٣٠٧).

(٢) ينظر: مختصر القدوري (١/ ٢٤٦)، بدائع الصنائع (٧/ ١٣٨)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٢٠).

(٣) تقدم.

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٠٧)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٦١)، شرح مختصر الطحاوي (٦/ ١٣٤-١٣٥)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٢٢٠).

(٥) أي: فيما اكتسبه في حال الإسلام وحال الردة.

(٦) ينظر: شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٢٢١)، العناية شرح الهداية (٦/ ٨٨)، البحر الرائق (٥/ ١٤٧).

[دية المرتد إذا مات من جناية قبل ارتداده]

مسلمٌ قطعت يده عمدًا، ثم ارتد، ثم مات من ذلك، فعلى القاطع نصف الدية في ماله، وإن أسلم ثم مات، فعليه الدية كاملة[١] في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف[٢].

وعند محمد[٣]: عليه نصف الدية في الوجهين؛ لأن اعتراض الردة أهدر الجناية، فبالإسلام لا تعود معتبرة[٤].

ولنا: أن الجناية وردت على محل معصوم، وتمت على محل معصوم، فأوجبت كمال الدية، كما إذا لم تتخلل بينهما ردة.

[مال المكاتب المرتد بعد لحوقه بدار الحرب]

مكاتب ارتد ولحق بدار الحرب، فاكتسب مالا، فأُخِذ مع ماله فأبى أن يُسلم، فقُتل، أديت كتابته من ماله، والباقي في الورثة، وهذا ظاهرٌ على قولهما؛ لأن عندهما:[٥] المرتدُّ الحرُّ إذا اكتسب مالًا، فهو له، فكذا المكاتب المرتدُّ، وإنما يشكل على قول أبي حنيفة؛ لأن عنده كسب المرتد الحر بعد ردته، فيءٌ، ولم يجعل كسبَ المرتدِّ / المكاتب بعد ردته فيئًا. (١٨٢/أ)

ووجهه: وهو أن المكاتب، إنما صار أخص بأكسابه بعقد الكتابة، وعقد الكتابة بالردة، لم [. . .][٦] ولم يتوقف، فكذا أكسابه، بخلاف الحر، فإن بردته توقف يديه وأملاكه، فكذا أكسابه[٧].

(١) أي: لورثة المقطوع يده.
(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٠٨)، السبر الصغير (١/ ٢٠٤)، المبسوط (١٠/ ١٠٧)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٢٢٠).
(٣) ووافقه زفر، رَحِمَهُ اللَّهُ. ينظر: شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤٠٧).
(٤) ينظر: شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤٠٧)، السير الصغير (١/ ٢٠١)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٢٢٢).
(٥) أي: عند أبي يوسف، ومحمد، رَحِمَهُمَا اللَّهُ.
(٦) كلمة في المخطوط: لم أستطع قراءتها، ورسمها أشبه بـ[يتزلزل].
(٧) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٠٩)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٥٨)، المبسوط (٧/ ٢٣٤)، =

[نقض العهد من أهل الذمة]

ذميٌّ نقض العهد، ولحق بدار الحرب، فهو كالمرتد؛ إلا أنه إذا أسر يصير فيئًا؛ لأنه ما التزم الإسلام، بخلاف المرتد؛ لأنه التزم[1].

[نفوذ تصرفات ابن المرتد بعد ارتداد أبيه]

رجلٌ ارتدَّ ولحق بدار الحرب، فقُضي بعبده لابنه، فكاتبه[2] فأدى، يعتق ثم عاد المرتد مسلمًا، فالولاء له؛ لأنه لما عاد مسلمًا فقد جنى بعد موته حكمًا، وصار وارثه؛ بمنزلة وكيله في التصرف؛ لأنه خلفه، ولو كاتب وكيلة كان الولاء له فكذا وارثه[3].

[ارتداد الزوجين معًا]

زوجان ارتدا معًا، ثم أسلما معًا، فهما على نكاحهما[4]، وعند زفر: يبطل نكاحهما؛ لأنَّ بالردة خرج من أن يكون أهلاً للنكاح، فيبطل؛ لأن فيما يرجع إلى الأهلية، البقاء والابتداء سواء.

ولنا: أن العرب ارتدت في عهد أبي بكر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، ثم أسلمت ولم يفرق بينهم وبين نسوانهم وكان ذلك بمحضر من الصحابة، ولم ينكرعليه أحد، فكان اجماعًا[5].

= شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤٠٧).

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ١٣٤)، الهداية شرح البداية (٢/ ٤٠٥)، البناية شرح الهداية (٧/ ٢٦١).

(٢) أي: العبد .

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٠٦)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٢١٩)، تبيين الحقائق (٣/ ٣٩٠)، درر الحكام (١/ ٣٠٤).

(٤) ينظر: السير الصغير (١/ ٢١٩)، شرح مختصر الطحاوي (٦/ ١١٦)، شرح الجامع الصغير، الصدر الشهيد (١/ ٤٠٨).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ١١٧)، شرح الجامع الصغير للصر الشهيد (١/ ٤٠٨)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٢٢٣).

[ارتداد أحد الزوجين قبل الآخر]

وإن ارتدا على التعاقب، أو ارتدا معًا، ثم أسلم أحدهما قبل الآخر، تتعجل الفرقة في الردة قبل الدخول وبعده، عندنا[١]. وعند الشافعي: إن كان قبل الدخول، فكذلك، وإن كان بعده، يقف على ثلاث حيض[٢]، وفي الإسلام لا تتعجل بل ينظر: إن كان في دار الإسلام، عرض القاضي على الآخر الإسلام ثلاثًا، فإن أبي، فرق بينهما، وإن أسلم، قرره على نكاحه، وإن كانا في دار الحرب توقف الفرقة على ثلاث حيض؛ لأنه تعذر التفريق من القاضي لعدم الولاية، فأقيم شرط الفرقة، وهو انقضاء العدة مقام سببها، ثم تعتد بثلاث حيض أخرى.

وردة الزوج فرقة بغير طلاق، وإباؤه فرقة بطلاق عند أبي حنيفة[٣]، وعند أبي يوسف: كلاهما فرقة بغير طلاق[٤]. وعند [محمد][٥] كلاهما فرقةٌ بطلاق؛ لأنه فعل الزوج، فيصلح أن يكون طلاقًا[٦]. لأبي يوسف: أنه يوجد من المرأة، كما يوجد من الرجل فلا يصلح أن يكون طلاقًا؛ لأنَّ فعلَ المرأة لا يصلح طلاقًا[٧].

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٠٩)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٥٩)، خزانة الفقه (١/ ٣٠٥)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤٠٨).

(٢) ينظر: الأم (٤/ ٢٨٧)، الإقناع للماوردي (١/ ١٣٨)، الحاوي الكبير (٩/ ٢٩٥)، روضة الطالبين (٧/ ١٤٢)، نهاية المحتاج (٦/ ٢٩٤).

(٣) لأن حكم الإباء إنما يتعلق بالنكاح؛ لأنه لولا عقد النكاح ما عرضنا عليه الإسلام لأجل إسلام المرأة. ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٦/ ١١٨).

(٤) الأصل في ذلك: ما ذكره الجصاص في شرح مختصر الطحاوي (٦/ ١١٨). بقوله: «أن كل سبب يتعلق به فرقة من جهة الزوج، فما كان حكمه مقصورًا على النكاح فهو طلاق، وما لم يكن حكمه مقصورًا على النكاح، بل يثبت حكمه في النكاح وفي غيره، فليست بطلاق».

(٥) وما أثبته موافق لمتن الجامع الصغير (١/ ٣١٠).

(٦) ينظر: شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤٠٨)، تحفة الفقهاء (٢/ ١٨٤)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٢٢٤).

(٧) ينظر: بدائع الصنائع (٢/ ٣٧٧).

ولنا: أنَّ الردةَ منافيةٌ للنكاح فلا يستفاد بالنكاح؛ لأنَّ ما ينافي الشيء، لا يستفاد به، وما لا يستفاد من النكاح لا يصلح طلاقًا؛ لأنَّ الطلاقَ يملك بالنكاح، بخلاف الإباء، فإنه يفوت ثمرات النكاح، وأنه مضاف إلى فعل الزوج، فأشبه التفريق بسبب الجب[1]، والعنّة[2]، فإنه فرقة بطلاق، فكذا هذا.

* * *

(١) الجّبُّ لغة: القطع، ومنه المجبوب الخصيُّ: الذي استؤصل ذكره. ينظر: تهذيب اللغة (١٠/ ٢٧٢)، المغرب (١/ ٧٤).

(٢) المشهور عند الفقهاء إطلاق لفظة «العنَّة»، وقد نبَّه بعض علماء اللُّغة بأنَّه مردودٌ، والأصحُّ أن يقال: «التَّعنين»: وهو عدم المقدرة على إتيان النِّساء، مشتقٌّ من «عنَّ الشَّيءُ»: إذا اعترض. والمعنى الاصطلاحي بمعناه. ينظر: المغرب (١/ ٣٣٠)، المطلع على أبواب المقنع، لمحمد بن أبي الفتح البعلي (١/ ٣٨٧)، أنيس الفقهاء (١/ ٥٨).

باب الأرض يُسلِمُ أهلُها عليها أو تفتح عَنوة(١)

الأصل فيه:

قولُ النبيِّ/ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وفعلُه، وإجماعُ الأمة. (١٨٢/ب)

[ما يفعله الإمام بأسرى الحرب]

جيشٌ ظهروا على مدينة من مدائن الروم، إن شاء الإمام جعلهم ذمةً ووضع الجزية على جماجمهم، والخراج على أراضيهم، كما فعل ذلك عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ حين فتح سواد العراق(٢)، ووافقته الصحابة على ذلك، فكان إجماعًا(٣).

وإن شاء خمس، وقسم الأربعة الأخماس على الغانمين، كما فعل رسولُ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بأهل خيبر حين فتحها(٤).

[أنواع الأرض من حيث ما يجب فيها من عشر أو خراج]

أرض فُتحت عنوة بالقتال، إن كانت تسقى بماء الأنهار، فهي أرض خراج، استدلالاً بسواد العراق، وإن كانت لا تسقى بماء الأنهار، وتسقى بعين مستخرجة منها، فهي عُشْريَّة، لقوله عليه السلام: «مَا سَقَتْهُ السَّمَاءُ فَفِيهِ الْعُشْرُ»(٥) وماء

(١) عَنْوة لغة: إذا أخذ الشيء قهرًا. وفتحت هذه البلدة عنوة: أي بالقتال؛ أي: قوتل أهلها حتى غُلِبوا. ينظر: طلبة الطلبة (١/ ٨٦).

(٢) سَوَادُ العراق: بلادٌ تقع بين نهري دِجْلَةَ والفُرات، سُمِّيَتْ بذلك لخُضْرة أشجارها وزُرُوعها، افتتحها المسلمون في عهد عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، فَضَرَبَ عليها الخراج ينظر: معجم البلدان (٣/ ٢٧٢)، مراصد الاطلاع على أسماء الأمكنة والبقاع (٢/ ٧٥٠).

(٣) ينظر: السير الصغير (١/ ١١٠، ١٥٢)، الخراج، لأبي يوسف (١/٤٦، ٧٥)، مختصر القدوري (١/ ٢٣١)، مختصر اختلاف الفقهاء للطحاوي (٣/ ٤٩٤)، تحفة الفقهاء (١/ ٣٢٤).

(٤) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب: المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع (٣/ ١١٨٦ ح١٥٥١)، عَنِ ابْنِ عُمَرَ، «أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ».

(٥) بنحوه أخرجه البخاري، في الجامع، كتاب الزكاة، باب: العشر فيما يسقى من السماء وبالماء الجاري (٢/ ١٢٦ ح١٤٨٣)، عَنْ سالمِ بْنِ عبْد الله، عنْ أَبِيه رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، عن النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ =

العين؛ بمنزلة ماء السماء[1].

أهل الذمة أسلموا على أرض، فهي عشرية؛ يريد به إذا لم تسق بماء الأنهار التي تدخل تحت ولاية السلطان؛ لما مرَّ.

[من أحيا أرضا مواتا]

رجلٌ أحيا أرضًا ميتةً بغير إذن الإمام، لا يملكها عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه: يملكها[2]؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: **«مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ»**[3]، من غير فصل بين إذن الإمام وغيره.

ولنا: قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: **«لَيْسَ لِلْمَرْءِ إِلَّا مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسُ إِمَامِهِ»**[4]، وطيبة نفسه لا تعرف إلا بإذنه، ولم يوجد.

= قال: «فِيمَا سَقَتِ السَّمَاءُ وَالعُيُونُ أَوْ كَانَ عَثَرِيًّا العُشْرُ، وَمَا سُقِيَ بِالنَّضْحِ نِصْفُ العُشْرِ»، ومسلم في صحيحه، كتاب الزكاة، باب: ما فيه العشر أو نصف العشر (٢/ ٦٧٥ ح٩٨١)، من طريق جابر بن عبدالله رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣١١)، مختصر القدوري (١/ ٢٣٦)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٠٩)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٩٨).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣١١)، مختصر القدوري (١/ ٢٣٦)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤١٠).

(٣) الحديث أخرجه البخاري معلقًا، في جامعه، كتاب: الحرث والزراعة، باب: من أحيا أرضًا مواتًا (٣/ ١٠٦)، وأبو داود، في السنن، كتاب: الخراج والامارة والفيء، باب: في إحياء الموات (٣/ ١٧٨ ح٣٠٧٣)، والترمذي، كتاب: الأحكام باب: ما ذكر في إحياء أرض الموات (٣/ ٦٠٥ ح١٣٧٩)، والنسائي، في السنن الكبرى، كتاب: إحياء الموتى، باب: الحث على إحياء الموات (٥/ ٣٢٣ ح٥٧٢٤). والحديث صححه الترمذي، وابن الملقن، في البدر المنير (٦/ ٧٦٦)، والألباني: في صحيح الجامع الصغير (٢/ ١٠٣٥).

(٤) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٤/ ٢٠ ح٣٥٣٣)، بلفظ: «إِنَّمَا لِلْمَرْءِ مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسُ إِمَامِهِ». قال الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٤٣١): «معلول بعمرو بن واقد». وكذا قاله الهيثمي في مجمع الزوائد (٥/ ٥٩٦).

وبهذا ظهر أنَّ قولَه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ» كان إذنًا بالإحياء لقوم، لا ابتداء شرع حكم[1]. والله أعلم بالصواب.

❋ ❋ ❋

(١) قال العيني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «لأنه ليس فيه ما ينفي هذا الشرط، فيكون المراد من قوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من أحيا أرضا» الحديث لبيان السبب. . .». البناية شرح الهداية (١٢/ ٢٨٤).

باب استيلاء الكفار

الأصل فيه:

أن الكفار إذا استولوا على أموال المسلمين وأحرزوها بدارهم، ملكوها عندنا[١]، خلافاً للشافعي[٢]؛ لأن استيلاءهم بعد الإحراز، صادف مالًا مباحًا[٣]، فأفاد الملك؛ كالحطب والحشيش، آية أنه كذلك: أن ملك المسلم زال بالإحراز؛ لأن الملك عبارة: عن اعتبار القوة الحقيقية[٤]، وبالإحراز زالت قدرتهم على التصرف في أموالهم، فزال ملكهم؛ لأن اعتبار القدرة ولا قدرة تمنع، فزالت العصمة أيضًا؛ لأن العصمة إنما شرعت لملكهم، فتزول بزواله، لكن شرطه: أن لا يكون المستولى عليه في يد نفسه؛ لأن ذلك يمنع تمام الاستيلاء عليه، ولهذا لم يملكوا رقابنا، ومدبرينا، وأمهات أولادنا ومكاتبينا، فإذا ملكوا بالاستيلاء، ثم اشترى مسلم منهم، وأخرجه إلى دار الإسلام، فللمالك القديم أن يأخذه بالثمن الذي اشتراه، إن شاء، وإن ظهر عليه المسلمون، فإن وجده المالك القديم قبل

---

(١) الأصل فيه: قوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَآءِ ٱلْمُهَٰجِرِينَ ٱلَّذِينَ أُخْرِجُوا۟ مِن دِيَٰرِهِمْ﴾ [الحشر:٨]، قالوا: هذه الآية تدل بطريق الإشارة على أن الكفار إذا استولوا على أموال المسلمين، يملكونها؛ لأن الله سماهم فقراء، مع أن أموالهم تحت أيدي الكفار. ولهم أدلة أخرى. ينظر: مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (٣/ ٦٨)، الفصول في الأصول (٤/ ٢١٨)، كشف الأسرار (١/ ٩٨).

(٢) أي: لأنَّها معصومة مُحرمة التَّناول، والعدوان المحض لا يكون مشروعا، فلا ينتهض سببا للملك؛ كاستيلاء المسلم على مال المسلم. ينظر: قواطع الأدلة للسمعاني (٢/ ٢٦٦)، نهاية المطلب (١٧/ ٤٩٠)، روضة الطالبين (١٠/ ٢٩٣)، تخريج الفروع على الأصول (١/ ١٠٠)، المنثور في القواعد الفقهية (٣/ ٩٩).

(٣) غير مملوك.

(٤) الملك لغة: المِلك: "بكسر الميم" في اصطلاح المتكلمين: حالة تعرض للشيء بسبب ما يحيط به، وينتقل بانتقاله، كالتعمم والتقمص، فإن كلًا منهما حالة لشيء بسبب إحاطة العمامة برأسه والقميص ببدنه. التعريفات (١/ ٢٢٨).

القسمة[١] أخذه مجانًا، وبعد القسمة بالقيمة، للنص[٢].

فإذا عرف هذا نقول:

[فيما أحرزه المشركون، ثم استنقذه المسلمون]

عبدٌ مسلم أَسَره الكفار وأحرزوه بدارهم فاشتراه منهم مسلم وأخرجه، فَفُقِئَتْ عينه، فأخذ[٣] الأرش، فللمالك القديم أن يأخذَه إن شاء بالثمن الذي اشتراه دون الأرش[٤]؛ لأن الثابتَ وصف والأوصاف / لا يقابلها شيء من الثمن[٥]. (١٨٣/أ)

[هروب العبد الآبق إلى دار الحرب بمال سيده]

عبدٌ مسلمٌ أَبِق مِن مولاه، وذهب بفرسه ومتاعه معه، ودخل دار الحرب، ثم أخذه المشركون مع الفرس والمتاع، فاشتراه تاجرٌ [. . .][٦] وأخرج الكل إلى دار الإسلام، فللمالك القديم: أن يأخذ العبد بغير شيء[٧]، والمتاع والفرس بالثمن الذي اشتراهما به عند أبي حنيفة.

---

(١) **القِسمة** لغة: إفراز النَّصيب. وفي الاصطلاح: (تمييز الحقوق وإفراز الأنصباء). ينظر: المغرب (١/ ٣٨٣)، أنيس الفقهاء (١/ ١٠١).

(٢) الحديث أخرجه أبو داود، في مراسيله (١/ ٣٧٤ ح٣١٧)، بلفظ: « إن شئت فخذها بما اشتراها، وإن شئت فدع ». وفي إسناده ياسين. قال ابن القطان: «ياسين ضعيف». ينظر: بيان الوهم والإيهام (٢/ ٣١٤). وأخرجه البيهقي، في معرفة السنن والآثار، باب: ما أحرزه المشركون على المسلمون (١٣/ ٢٨٥ ح١٨١٩٨)، عَنِ ابْنِ عَبَّاس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا. وفي سنده: (الحسن بن عمارة)، وهو متروك. ينظر نصب الراية (٣/ ٤٣٤)، الدراية (٢/ ١٢٩).

(٣) أي: المولى.

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣١١)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤١١)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٢٩).

(٥) قاعدةٌ فقهيةٌ، ذكرها ابنُ نجيم رَحِمَهُ اللَّهُ في الأشباه والنظائر (١/ ٣٠٣)، بقوله: (. . . لأن الفائت وصف وهو لا يقابله شيء). وذكرها ناظر زاده في ترتيب اللآلي (٢/ ١١٤٦)، بقوله: «الوصف يقابله شيء من الثمن إذا كان مقصودًا بالتناول».

(٦) في المخطوط هكذا:[والفرس والمتاع]. وهي زيادة؛ من الناسخ والله أعلم؛ لأن المعنى يستقيم بدونها، وهو موافقٌ لمتن الجامع الصغير (١/ ٣١٢).

(٧) أي: مجانًا.

وعند صاحبيه: يأخذ الكل بالثمن الذي اشترى به؛ لأن عندهما ملكوا العبدَ، كما ملكوا الفرسَ والمتاع بالاستيلاء[١].

وعند أبي حنيفة: لم يملكوا العبد؛ لما بينا أن الشرط: أن لا يكون المستولى عليه في يد نفسه، ولم يوجد؛ لأن لكلِّ آدمي يدًا على نفسه على معنى أنه يقدر على حفظ نفسه برأيه وتدبيره، لكن مادام في دار الإسلام، لم تظهر يده لثبوت يد المولى عليه وملكه، فلما أبق ودخل إلى دار الحرب، زالت يد المولى، فظهرت يده على نفسه[٢]، وأنها تمنع تمام الاستيلاء لما ذكرنا، بخلاف المتاع والفرس؛ فإنه ليس لهما يد على أنفسهما.

بعير نَدَّ[٣] فدخل دار الحرب[٤]، فأخذه الكفار، ملكوه، فاشتراه منهم رجل، وأخرجه، فللمالك القديم أن يأخذه بالثمن الذي اشتراه به؛ لما مر[٥].

[شراء العبد بعد أسره، ثم يؤسر ثانيًا]

عبدٌ مسلمٌ أسره الكفار وأحرزوه بدارهم فاشتراه منهم رجل بألف درهم، وأخرجه ثم أسروه مرة ثانية، فاشتراه رجل آخر بألف درهم فأخرجه، فليس للمالك القديم أن يأخذه من المشتري الثاني؛ لأن الأسرَ ما وقع على ملكه في المرة الثانية، وللمشتري الأول أن يأخذه؛ لأنَّ الأسر وقع على ملكه، فإن أخذه بألف، أخذه المالك، إن شاء بألفي درهم؛ لأنه قام عليه بألفي درهم، والشرع إنما أثبت له حقَّ الأخذ على وجه لا يتضرر به المأخوذ منه[٦].

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣١٢)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٨٦)، مختصر القدوري (١/ ٢٣٣)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٢٩).

(٢) أي: معصومًا بنفسه.

(٣) ندّ لغة: بمعنى نفر وشرد. ينظر: تهذيب اللغة (١٤/ ٥١).

(٤) أي: وكذلك البعير إذا ند.

(٥) ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٨٦)، مختصر القدوري (١/ ١٤٥)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤١١)، بدائع الصنائع (٧/ ١٢٨).

(٦) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣١٢)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤١٢)، الهداية =

[اشترى المستأمن عبداً مسلماً]

حربيٌّ دخل دارنا بأمان، فاشترى عبدًا مسلمًا وأدخله دار الحرب، عتق عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه: لا يعتق؛ لأنه ملكه بالشراء، لكن كان مستحق الإخراج عن ملكه بالجبر على البيع، وقد تعذر لدخوله دار الحرب[1].

لنا: أن الجبر على البيع تعين للإزالة لأمانه، وقد انتهى أمانه بدخوله دار الحرب، فتعين العتق.

وطريقه: أن يقام الإحراز بدار مقام الإعتاق؛ لأنه شرط زوال الملك في الجملة، فيقام مقام سببه عند الحاجة[2].

[من أسلم من عبيد المشركين قبل الظهور على دارهم]

عبدٌ حربيٌّ أسلم في دار الحرب وخرج إلينا مسلمًا، عتق؛ لأنه استولى على نفسه بالإحراز بدار الإسلام، ولو ظهر عليه المسلمون فكذلك[3].

[أموال المسلمين التي أخذها العدو، ثم غنمها المسلمون]

مالُ مسلمٍ أحرزه الكفارُ بدار الحرب، ملكوه لما مر[4]، فإن ظهر عليه المسلمون، فأحرزوه بدارنا، إن وجده قبل القسمة، أخذه بغير شيء، وإن وجده بعد القسمة وهو عرض، أخذه بالقيمة، لما مر[5]، وإن كان مثليًّا؛ كالمكيل، والموزون، لا يأخذه[6]؛ لأنه لو أخذه إنما يأخذه بمثله قدرًا ووصفًا؛ لأنه لا

= في شرح البداية (٢/ ٣٩٣).

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣١٢)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٨١)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤١٢).

(٢) أي: بدخوله دار الحرب، سقطت عصمة ماله، فتعين العتق مخلصا للعبد، وقد عجز الإمام عن إعتاقه؛ فأقام شرط الزوال مقام علته عند العجز عن اعتبار العله. ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٣٠).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧/ ١٧٩)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤١٢)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٢٣١)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٩٣).

(٤) ذكره في بداية الباب، وهو المذهب.

(٥) تقدم ذلك في بداية الباب.

(٦) أي: بعد القسمة بخلاف قبل القسمة، فيجوز. ينظر وجه التعليل في: السير الصغير (١/ ١٢٣)، =

يفيد[١]؛ لأن الأغراض/ ، من ذلك لا تختلف، بخلاف العروض، إلا إذا دخل مسلمٌ دار الحرب، واشتراه منهم بخلاف جنسه، أو بجنسه، لكن بأقل منه أو بأردأ، فله أن يأخذه بما اشترى؛ لأنه يفيد فائدته ولا يكون ذلك ربا؛ لأنه ليس ببيع، وإنما هو مفاداة، فلا يجري فيها الربا[٢]. (١٨٣/ب) والله أعلم.

* * *

= تبيين الحقائق (٣/ ٢٦١)، العناية شرح الهداية (٦/ ٧).

(١) تنظر المسألة -مع تعليلاتها- في: بدائع الصنائع (١٢٨/٧)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ١٣٣)، الجوهرة النيرة (٢/ ٢٦٤)، البناية شرح الهداية (٧/ ١٩٣).

(٢) ينظر: المبسوط (١٠/ ١٤)، تحفة الفقهاء (٣/ ٣٠٤)، بدائع الصنائع (١٢٨/٧)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ١٣٣).

باب: المستأمن

الأصل فيه:

وهو أنَّ مَا جرى في دار الحرب من الإدانـة[١] بين مسلم وحربيٍّ، أو بين حربيين، ثم دخلوا مستأمنين، لا يقضى لواحد منهم على صاحبه بشيء، وإن دخلوا مسلمين، يقضى؛ لأن ولايتنا منقطعة عنهم، وإنما ثبتت لنا الولاية بقدر التزامهم، فإذا دخلوا مستأمنين، فقد التزموا أحكامنا فيما يتعلق بقضاء حوائجهم في المستقبل دون الماضي، ومداينهم وجدت في الماضي، فلم يدخل تحت ولايتنا، بخلاف ما إذا دخلوا مسلمين؛ لأنهم التزموا أحكامنا مطلقًا، فثبتت لنا الولاية مطلقة عليهم، وما جرى بينهم من غصب، ثم دخلوا مسلمين، أو مستأمنين، لا يقضى بشيء من ذلك؛ لأن الغصب استيلاء[٢]، فإنه صادف مالًا مباحًا، فأفاد الملك؛ كالحطب، والحشيش، إلا في حق المسلم المستأمن، يفتى بالرد، ولا يقضى به؛ لأنه ملكه بطريق محظور، فأشبه المقبوض بحكم عقد فاسد[٣].

والمسلم إذا قتل نفسًا معصومةً عِصمة الْمُقَوِّمة[٤] في دار الإسلام، يجب في عمده القود، وفي خطئه الدية على العاقلة والكفارة، وإن فعله في دار الحرب، لا يجب القود في العمد، لتعذر استيفائه، ويجب فيه وفي خطئه الدية في ماله،

---

(١) الإدانة لغة: من أدانه، إذا جازاه أو حكم عليه، ومنه: أدانه بكذا، إذا ألصق به تهمة. ينظر: المغرب (١/ ١٣٣).

(٢) أي: صار ملكًا للذي أخذه.

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣١٣)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٩٥)، الاختيار لتعليل المختار (٤/ ١٣٥).

(٤) العصمة المقومة: (هي التي يثبت بها الإنسان قيمة بحيث من هتكها فعليه القصاص أو الدية). معجم لغة الفقهاء (١/ ٣١٤).

والكفارة في الخطأ، وإن قتل ثم نفسًا غير معصومة عصمة مقومة، لا يجب عليه شيء، إلا الكفارة في الخطأ إذا كانت معصومة عصمة مُؤَثِّمَةٍ[١].

والمسلمون إذا ظهروا على دار الحرب، فما أحرزوه بدار الإسلام من مال الكفار، ورقابهم، ملكوه، وكذا من مال مسلم غير معصوم، ولا يملكونه قبل الإحراز، والإعانة على المعصية، معصية؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾[٢].

فإذا عرف هذا نقول:

[مداينة المسلم للحربي في دار الحرب، وخروجهما إلينا، والحربي مستأمن]

مسلمٌ دخل دار الحرب بأمان، فأدان حربيًّا، أو أدانه حربيٌّ، ثم دخل دارنا معه مستأمنًا، أو أدان حربيٌّ حربيًّا، ثم دخلا مستأمنين، لا يقض لأحدهما على صاحبه بشيء؛ لما مرَّ: أن ولايتنا منقطعة عنهم[٣]، وبالأمان التزموا أحكامنا فيما يتعلق بقضاء حوائجهم في المستقبل، وإن دخلوا مسلمين يقضى؛ لما مرَّ[٤].

مسلمٌ دخل دارَ الحرب بأمان، فغصب من حربيٍّ مالاً، أو غصب / حربيٌّ منه، أو غصب حربيٌّ من حربيٍّ، ثم دخلوا مستأمنين، أو مسلمين، لا يقضى لواحد منهم على صاحبه بشيء[٥]؛ لما مرَّ: أن الغصب صادف مالًا مباحًا، فأفاد الملك، إلا في حقِّ المسلم المستأمن، فإنا نفتي بالردِّ، ولا نقضي؛ لما مر[٦]. (١٨٤/أ)

---

(١) العصمة المؤثمة: ما توجب الإثم على الآدمي المتحمل لأعباء التكليف. ينظر: العناية شرح الهداية (٦/ ٢٩)، التعريفات (١/ ١٥٠).

(٢) سورة المائدة، جزء من الآية: (٢).

(٣) تقدم.

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣١٣)، السير الصغير (١/ ١٧٩)، شرح مختصر الطحاوي (٧/ ١٧٧)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤١٣).

(٥) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣١٣)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤١٣).

(٦) تقدم، ص(٣٠٣).

[المسلم يُقيم في دار الحرب، فيُقتل قبل أن يُهاجر إلينا]

مسلمٌ دخل دار الحرب بأمان، فقتل حربيًّا أسلم، ولم يهاجر إلينا، وله ثمَّ ورثة مسلمون، لا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ(١). وقال الشافعيُّ: يجب في عمده القود، وفي خطئه: الدية، والكفارة(٢).

وهذا الخلافُ بناء على الخلاف في أن العصمةَ المقومةَ هل تثبت بالإسلام، أم لا؟ فعندنا تثبت العصمة المؤثمة بالإسلام، ولا تثبت المقومة، وإنما تثبت العصمة المقومة بالإحراز بدار الإسلام، ولم يوجد الإحراز، فقد صادف قتله نفسًا غير معصومة عصمة مقومة، فلا يجب عليه شيء، وعنده تثبت بالإسلام، فقد صادف قتله عنده نفسًا معصومة عصمة مقومة(٣).

ولنا: بجهة الابتداء: قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾(٤).

جعل كل موجَب قتل، الكفارة، فينتفي غيرها ضرورة، والمراد به الذي أسلم ثمَّ، ولم يهاجر إلينا؛ لأنه قال: ﴿مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ﴾. والمؤمن ليس بعدو لنا دينًا، وإنما هو من قوم عدو لنا دارًا(٥).

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣١٤)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٣٢)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٩٧).

(٢) ينظر: الأم (٢/ ٣٠١)، نهاية المطلب (١٧/ ٤٨٨)، تخريج الفروع على الأصول (١/ ٢٧٨)، الأشباه والنظائر، للسبكي (٢٢٩٤)، مغني المحتاج (٥/ ٣٠٢).

(٣) ينظر: كشف الأسرار (٤/ ٢٣٦).

(٤) والآية بتمامها قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍۭ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَـٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ ٱللَّهِ وَكَانَ ٱللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ [النساء:٩٢].

(٥) ينظر: أحكام القرآن للجصاص (٣/ ٢١٥-٢١٦)، الفصول في الأصول (١/ ٣١٦)، أصول البزدوي (١/ ٣٧٦)، البحر المحيط (٤/ ٣٢٣).

[من قتل مسلمًا لا وليّ له]

رجلٌ قتل رجلاً لا وليَّ له خطئًا، أو حربيًّا دخل دارنا بأمان فأسلم، تجب الدية على عاقلته؛ لأنه قتل نفسًا معصومة عصمة مقومة خطأً، فتجب الدية على عاقلته، والكفارة عليه بالنص[١]، ويأخذها الإمام فيضعها في بيت المال؛ لأنه لا وارث له[٢].

وإن قتله عمدًا، يجب القود، ويتخير الإمام بين قتله، وبين أخذه الدية؛ لأنَّ الحقَّ يجب للعامة، وللإمام ولاية على العامة[٣]، إن شاء أقاده وإن شاء أخذ منه الدية؛ لأنها أنفع للمسلمين، وليس له أن يعفو؛ لأنه لا حقَّ له في ذلك وإنما الحق للعامة[٤].

رجلٌ قتل لقيطًا خطأً، فعلى عاقلته الدية وعليه الكفارة، وللإمام أخذ الدية، ويضعها في بيت المال؛ لما مرَّ[٥].

---

(١) لقوله تعالى ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا ۚ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ ۚ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ۖ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍۭ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَـٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ۖ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ ٱللَّهِ ۗ وَكَانَ ٱللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ [النساء:٩٢].

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣١٤)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤١٤)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٢٣٣).

(٣) من القواعد الفقهية: (السلطان وليٌّ من لا وليَّ له). ينظر:الفروق للقرافي (٣/ ١٧)، تحفة الفقهاء (٣/ ٣٥٢)، ترتيب اللآلي (٢/ ٧٦١)، الوجيز في ايضاح قواعد الفقه الكلية (١/ ٣٤٩).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣١٤)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٣٣)، بدائع الصنائع (٧/ ٢٤٥).

(٥) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣١٥)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٢٣٣)، المحيط البرهاني (٥/ ٤٢٦).

وإن قتله عمدًا، يجب القود في قول أبي حنيفة ومحمد[١]، وفي قول أبي يوسف[٢]: لا يجب القود؛ لاحتمال أن يكون له في دار الإسلام ولي لا يعرف، فأورث شبهة وجوب الحق بغير المستحق، والشبهة في الباب ملحقة بالحقيقة.

ولنا: إن احتمل أن يكون له ولي، لكنه مجهولٌ لا يوقف عليه، فلا يصلح مستحقًّا؛ لأن الإيجابَ الحق لغير المستحق لا يفيد[٣]، فلا يتصور الشبهة أيضًا؛ لأن الشبهة إنما تثبت في موضع يتصور الحقيقة ولا يتصور الحقيقة ههنا للجهالة، فكذا الشبهة، فتعينت[٤] العامة للاستحقاق، والإمام نائب عنهم، فيستوفي القصاص إن شاء وإن شاء الدية؛ / لما بينا، ولا يعفو لما مرَّ. (١٨٤/ب)

[قتل المستأمن المسلم مسلمًا آخر في دار الحرب]

مسلمان دخلا دار الحرب بأمان، فقتل أحدُهما صاحبه، فلا قود في عمده، لما بينا[٥]، وتجب فيه وفي خطئه الدية في ماله، ولا تجب على العاقلة؛ لأنها لا يعقل عمدًا، ولا صلحًا، ولا اعترافًا، بالنصِّ[٦]، ولا تعقل الخطأ ههنا؛ لأنَّ العاقلةَ إنما تعقل في دار الإسلام لإخلالهم بالصيانة الواجبة عليهم، ولم توجد ههنا؛ لأنَّ صيانة من في دار الحرب، لا تجب عليهم؛ لأنها ليست في وسعهم، فتجب في ماله لهذا[٧].

---

(١) ينظر المصادر السابقة.

(٢) وهي إحدى الروايتين عنه، رَحِمَهُ اللَّهُ. ينظر: المبسوط (١٠/ ٢١٨).

(٣) أي: صار المجهول؛ كالمعدوم.

(٤) أي: القود.

(٥) تقدم ذلك في بداية الباب.

(٦) الحديث أخرجه البيهقي، في السنن الكبرى، باب: مَن قال: لا تَحْمِل العاقلة عمْدًا ولا عبدًا ولا صلحًا ولا اعْتِرافًا (٨/ ١٨١ ح١٦٣٥٩)، من طريق الشعبي عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. قال البيهقي: وهو عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مقطوع، والمحفوظ عن عامر الشَّعْبِيِّ مِنْ قَوْلِهِ.

(٧) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣١٦)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤١٥)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٢٣٣).

[قتل مسلم تاجراً أسيراً]

وإن كانا أسيرين، فقتل أحدهما صاحبه، لا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ، عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه: يجب في العمد القود وفي الخطأ الدية، والكفارة؛ لأنَّ الأسر أمر عارض، فلا يبطل العصمة؛ كالأمان، فصادف قتله نفسًا معصومة عصمة مقومة(١).

ولنا: أن المأسورَ مقهورٌ تحت أيديهم، فصار تبعًا لهم، فبطلت عصمته(٢) بخلاف المستأمن، فإنه غيرُ مقهور تحت أيديهم، فلم يصر تبعًا لهم.

[الحربي إذا أودع وأقرض في دار الإسلام، ثم لحق بدار الحرب]

حربيٌّ دخل دارنا بأمان، فأودع مسلمًا أو أقرضه، ثم عاد إلى داره، فأسر، أو ظهر على الدار فقتل، فالوديعة فيء؛ لأن يدَ مودعه؛ كيده(٣)، وأنه صار مغنومًا، فكذا ما في يده، وبطل القرض؛ لأنه واجب في الذمة، فلا يمكن إثبات اليد عليه إلا بالمطالبة، وقد سقطت المطالبة، فسبقت يد المستقرض إليه، فملكه، فسقط عنه، وإن لم يؤسر ولم يظهر على الدار، بل قتل أو مات، فالوديعة والقرض لولده؛ لأنه لم يصر مغنومًا حتى يصيرَ ما في يده مغنومًا(٤).

[حربي أسلم في دار الإسلام بأمان، حكم أمواله وأولاده]

حربيٌّ دخل دارنا بأمان، فأسلم وله في دار الحرب امرأة وأولاد كبار وصغار، وأموال أودع بعضها مسلمًا، وبعضها ذميًّا، وبعضها حربيًّا، فظهر المسلمون على دار الحرب، فالكل فيء(٥).

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣١٦)، مختصر اختلاف العلماء (٣/ ٤٧٧)، بدائع الصنائع (٧/ ١٣٣)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٩٥).

(٢) أي: فبطل تقوُّمُه.

(٣) أي: كيد المالك.

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣١٧)، السير الصغير (١/ ١٧٣)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٩٠)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤١٥).

(٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧/ ١٧٦)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤١٦)،=

أمَّا المرأة والأولاد الكبار فظاهر؛ لأنهم حربيون، وأمَّا الصغار؛ فلأنهم لم يصيروا مسلمين تبعًا لأبيهم؛ لأنَّ الولدَ إنما يتبع الأب في إسلامه إذا كان تحت ولايته وتصرفه؛ لأنه باعتبار الولاية يصير تبعيه، فيصير إسلامه بمعنى إسلامه والتبعية ههنا مفقودة لانعدام ولايته على من في دار الحرب، وكذلك ودائعه؛ لأنَّ العصمةَ لم تثبت لها؛ لأنها لو ثبتت لا تخلو: إما أن تثبت أصلاً، أو تبعًا لعصمة نفسه لا وجه إلى الأول؛ لأن سبب العصمة: الإحراز بالدار، ولم يوجد، ولا وجه إلى الثاني؛ لأنها إنما تثبت تبعًا أن لو كانت تحت ولايته وتصرفه، ولم يوجد؛ لأن ما في دار الحرب ولايته عنه منقطعة، فتعذر إثبات العصمة لأمواله، لا أصلاً، ولا تبعًا، فبقيت مباحة، فملكت بالاستيلاء.

[أسلم بدار الحرب، ثم دخل دار الإسلام، ثم ظهر على دار الحرب]

وإن أسلم في دار الحرب، ثم خرج إلينا مسلمًا، والمسلمة بحالها، فأولاده الصغار أحرار مسلمون(١)؛ لأنه حين أسلم كانوا تحت ولايته وتصرفه، فصاروا مسلمين/ بإسلامه، بخلاف الفصل الأول، لأنهم لم يكونوا تحت ولايته وتصرفه، والحر المسلم لا يُملك بالاستيلاء(٢) وأمواله التي في يد مودَعه المسلم والذمي له؛ لأنه لما أسلم ثبتت العصمة لها تبعًا له؛ لأنها كانت تحت ولايته، وإن كان في يد غيره، لكن ذلك الغير نائب عنه، ويده يد محترمة، فصارت يده؛ كيده، بخلاف وديعته التي في يد الحربي، حيث يكون فيئًا؛ لأنها في يد الحربي حقيقة، فصارت تبعًا له حقيقة، فيأخذ حكمه؛ كعقاره، فإنه فيء، وإن كانت تحت ولايته، لكن لما

= شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٣٥).

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣١٧)، خزانة الفقه (١/ ٣٠٥)، شرح مختصر الطحاوي (٧/ ١٧٥)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤١٦).

(٢) من القواعد الفقهية: (الحر لا يدخل تحت اليد). ينظر: ترتيب اللآلي (١/ ٦٢٩)، الأشباه والنظائر، للسبكي (١/ ٣٥٢)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ١١١).

صار تبعًا للدار حقيقة، والدار تحت يد العدو، أخذ حكمها. وامرأته وأولاده الكبار، فيءٌ؛ لأنهم ما كانوا تحت ولايته، فلم يصيروا مسلمين بإسلامه. (١٨٥/أ)

[إسلام الحربي وحكم ماله وأهله بعد ظهور المسلمين عليهم]

وإن أسلم في دار الحرب، ولم يخرج إلينا، حتى ظهر على الدار، والمسألة بحالها، فهو وأولاده الصغار أحرار، مسلمون[١].

أما هو: فظاهر؛ لأنه أسلم، وأما أولاده الصغار؛ فلأنهم صاروا مسلمين تبعـًا له، لكونهم تحت ولايته، وأمواله التي في يده له؛ لأن يده سبقت إليه، وكذا أمواله التي في يد مودعه المسلم، والذمي لما ذكرنا، وامرأته وأولاده الكبار، فيء، لما ذكرنا.

[من قاتل من عبيد الذمي الذي أسلم هل يعد فيئا]

ومَن قاتل من عبيده، فهو فيءٌ؛ لأنه تمرد وخرج على مولاه، فصار تبعًا لأهل الحرب، فأخذ حكمهم، وأمواله التي في يد مودعه الحربي، فيء[٢]، لما ذكرنا، وكذا عقاره.

والجنينُ الذي في بطن امرأته، فيءٌ عندنا[٣]، خلافًا للشافعي[٤]؛ لأنه صار مسلمًا تبعًا لأبيه.

ولنا: أنه وإن صار مسلمًا تبعًا لأبيه، لكنه صار رقيقًا تبعًا لأمه؛ لأنه تبع الأم في الرق والملك، والمسلم الرقيق محل التملك.

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧/ ١٧١)، بدائع الصنائع (٧/ ١٠٥)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٣٦).

(٢) ينظر: شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤١٧)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٣٢٧)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٨٨)

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣١٨)، شرح الجامع الصغير، الصدر الشهيد (١/ ٤١٧)، الهداية شرح البداية (٢/ ٣٨٨).

(٤) ينظر: المهذب (٣/ ٢٨٧)، نهاية المطلب (١٧/ ٥٠٣)، المجموع (١٩/ ٣٢٥).

وما كان من أمواله غصبه مسلم أو ذمي، فهو فيءٌ عند أبي حنيفة؛ لأن يدَ الغاصب ليست كيَده، خلافًا لصاحبيه(١).

[المقتول من عسكر أهل البغي]

رجلان من أهل البغي، قتل أحدهما صاحبه عمدًا في معسكر أهل البغي، لا يقتص منه إمامنا إذا ظفر به، لانقطاع ولايته عنهم(٢).

[غلبه أهل البغي على أمصار المسلمين، وحكم القاتل منهم]

ولو غلبوا على مِصرٍ، فقتل رجل من أهل المصر آخر منهم عمدًا، اقتصَّ الإمام منه(٣).

وتأويله: أنهم غلبوا عليه لم يَجْرِ أحكامهم فيه؛ لأنه إذا كان بهذه المثابة، فهو في ولاية إمام أهل العدل.

رجلٌ من أهل العدل يورثه الباغي، ورثه(٤)؛ لأنه قتله بحقٍّ، وإن قتله الباغي، إن قال: كنت على الحق، وأنا الآن على الحق، ورثه.

وإن قال: قتلته وأنا على الباطل، لم يرثه(٥)، في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: الباغي لا يرث العادل في الوجهين؛ لأنَّ تأويله الفاسد أنزل منزلة التأويل الصحيح في حق دفع الضمان عنه، أما في حق استحقاق الإرث / فلا. (١٨٥/ب)

---

(١) ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٣٦).
(٢) ينظر: السير الصغير (١/ ٢٢٣)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٢٣٨)، الهداية شرح البداية (٢/ ٤١٣).
(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣١٨)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤١٧)، بدائع الصنائع (٧/ ١٤٢).
(٤) ينظر: السير الصغير (١/ ٢٣٤)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤١٧)، بدائع الصنائع (٧/ ١٤٢). .
(٥) لأنَّه قتله بغير حقٍّ ولا تأويل.

ولنا: أن تأويله الفاسد بمنزلة الصحيح في حق أحكام الدنيا(١)، وله استحقاق الإرث من أحكام الدنيا كدفع الضمان(٢).

[بيع السلاح وقت الفتن]

ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة(٣) وفي معسكرهم؛ لأنه إعانة على المعصية(٤)، ولا بأس ببيعه في الكوفة ممن لا يعرف أنه من أهل الفتنة؛ لأن الظاهر أنه يسير به للجهاد، لا لقتال أهل العدل(٥).

[حكم ابتداء المسلم أباه الكافر بالقتال]

ويكره للمسلم أن يبتدئ بقتل أبيه الكافر؛ لأنه أمر بمصاحبته بالمعروف؛ لقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾(٦)، وليس من المصاحبة بالمعروف قتله ابتداء، فإن أدركه امتنع عليه حتى يقتله غيره(٧).

[السفر بالقرآن إلى أرض الحرب]

ولا بأسَ بأن يسافر بالمصحف إلى أرض الحرب، وذكر في غير هذا الكتاب: يكره أن يسافرَ بالقرآن إلى أرض العدو، إذا لم يأمن من وقوعه في أيديهم؛ لأنه

---

(١) قال ابن القيم الجوزية رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «الصواعق المرسله» (١/ ١٧٨): «فالتأويل الذي يوافق ما دلت عليه النصوص وجاءت به السنة ويطابقها هو التأويل الصحيح، والتأويل الذي يخالف ما دلت عليه النصوص وجاءت به السنة، هو التأويل الفاسد».

(٢) ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٩١)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤١٧)، بدائع الصنائع (٧/ ١٤١)، البناية شرح الهداية (٧/ ٢٠٧).

(٣) من القواعد الفقهية عند الحنفية: (بيع السلاح في زمن الفتنة مكروه). ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٣)، القواعد الفقهية للندوي (١/ ٦٠).

(٤) لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ۚ﴾ [المائدة:٢].

(٥) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣١٩)، مختصر القدوري (١/ ٢٣٢)، بدائع الصنائع (٧/ ١٤٢)، الهداية شرح البداية (٢/ ٤١٤).

(٦) الآية بتمامها قوله تعالى: ﴿وَإِن جَٰهَدَاكَ عَلَىٰٓ أَن تُشْرِكَ بِى مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا ۖ وَصَاحِبْهُمَا فِى ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا ۖ وَٱتَّبِعْ سَبِيلَ مَنْ أَنَابَ إِلَىَّ ۚ ثُمَّ إِلَىَّ مَرْجِعُكُمْ فَأُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ﴾ [لقمان:١٥].

(٧) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣١٩)، شرح مختصر الطحاوي (٧/ ١٨٩)، بدائع الصنائع (٧/ ١٠١).

إذا وقع يستخفون به، فيصير هو تسبب في ذلك، ولا بأسَ بالآية والآيتين؛ لأنهم لا يقصدونها بالاستخفاف[١].

وذكر في شرح هذا الكتاب وعلَّل: أن الحاجة تدعو إليها.

وعن الطحاوي، لا بأس بذلك مطلقًا[٢]؛ لأنَّ النهي عن المسافرة بالقرآن كان في وقت كان في المصاحف قلة، والآن كثرت، فارتفع النهي.

* * *

(١) ينظر: المبسوط (١٠/ ٢٩)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤١٨)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٢٤١).

(٢) ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٢٩٢).

باب الإسهام للخيل

الأصل فيه:

أنَّ سببَ استحقاقِ سهمِ الفارس، مجاوزةُ الدّرب[١] فارسًا، وسهم الراجل، مجاوزةُ الدرب راجلًا[٢]. وعند الشافعي: شهود الوقعة[٣].

وأنَّ الغنائم لا تملك في دار الحرب، عندنا[٤]، خلافًا لـه[٥]، أن سببَ الملك الاستيلاءُ، وأنه لا يتم إلا بالإحراز بالدار والعطاء بمعنى الصلة لا يملك إلا بالقبض.

فإذا عرف هذا نقول:

[ضابط استحقاق سهم الفارس]

رجلٌ جاوز الدرب فارسًا، ثم نفق[٦] فرسُه أو عُقر، فقاتل راجلًا، استحق سهم الفارس عندنا[٧] خلافًا له[٨]، بناء على الأصل الذي ذكرنا. وإنْ دخل

---

(١) الدرب لغة: باب السكة الواسعة، والدرب: كل مدخل من مداخل الروم. ينظر: المغرب (١/ ١٦٢).

(٢) ينظر هذا الضابط عند الحنفية في: المبسوط (١٠/ ٤٣)، تبيين الحقائق (٣/ ٢٥٥)، البحر الرائق (٥/ ٩٦)، مجمع الأنهر (١/ ٦٤٦).

(٣) ينظر: الأم (٧/ ٣٦٢)، الحاوي الكبير (١٤/ ١٥٩)، المجموع (١٩/ ٣٦٨)، تحفة المحتاج (٧/ ١٤٥)، مغني المحتاج (٤/ ١١٦).

(٤) ينظر: السير الصغير (١/ ١٠٩)، النتف في الفتاوى (٢/ ٧٢٥)، المبسوط (١٠/ ٣٢)، تحفة الفقهاء (٣/ ٢٩٨).

(٥) أي: خلافًا للشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ. قال الزنجاني في تخريج الفروع على الأصول (١/ ٣٥٦): «ملك الْغَنَائِم لا يتَوَقَّف على الْإِحْراز بدار الْإِسْلَام، بل يحصل بمُجرَّد الِاسْتِيلَاء عند الشَّافعي».

(٦) نفق لغة: أي مات. ينظر: طلبة الطلبة (١/ ٨٦).

(٧) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٢٠)، السير الصغير (١/ ١١٢)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٨٥)، خزانة الفقه (١/ ٣٠٢).

(٨) أي: خلافًا للشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ لأنَّ الاعتبار بحقيقة القتال، لكن الوقوف عليه متعذرٌ، أو متعسر، فأقيم شهود الوقعة مقامه؛ لأنه أقربُ إلى القتال. ينظر: الأم (٧/ ٣٥٤)، الحاوي الكبير =

راجلاً، ثم اشترى فرسًا وقاتل فارسًا، فله سهمُ الراجل عندنا[١]. وعنده: سهم الفارس، بناء على الخلاف الذي ذكرنا.

[نصيب الفارس من الغنيمة]

ويسهم للفارس سهمان عند أبي حنيفة[٢]، سهم له وسهم لفرسه، وعند أبي يوسف، ومحمد والشافعي[٣]: ثلاثة أسهم: سهمان لفرسه، وسهم له، وقد تعارضت رواية ابن عمر عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فروى نافع عنه عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أنه أعطى للفارس ثلاثة أسهم، سهمين لفرسه، وسهمًا له»[٤]. وروى هو عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أنَّه أعطى للفارس سهمين، سهمًا له وسهمًا لفرسه»[٥].

فأخذ أبو حنيفة بالأقل؛ لأنه المتيقن، ولأنَّ الفرس آلة الجهاد، لا تربى رتبته على رتبة المجاهد، فكذا سهمه[٦].

= (٨/ ٤٢١)، روضة الطالبين (٦/ ٣٨٥)، مغني المحتاج (٤/ ١٦٦).

(١) لأنَّ المعتبر حالة مجاوزة الدرب، لا حال دخول دار الحرب. ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٢٠).

(٢) وهو قول أهل العراق. ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧/ ١٢٠)، المبسوط (١٠/ ٤١)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤١٨)، بدائع الصنائع (٧/ ١٢٦).

(٣) ينظر: الأم (٧/ ٣٥٦)، مختصر المزني (٨/ ٢٦٢)، الحاوي الكبير (١٤/ ١٦١)، روضة الطالبين (٦/ ٢٧١).

(٤) الحديث أخرجه البخاري، في الجامع، كتاب المغازي: باب غزوة خيبر (٥/ ١٣٦ ح٤٢٢٨)، ومسلم في صحيحه، كتاب: الجهاد والسير، باب: كيفية قسمة الغنيمة بين الحاضرين (٣/ ١٣٨٣ ح١٧٦٢)، كلاهما عن ابن عُمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(٥) الحديث أخرجه الدَّارقطني، في سننه، في كتاب السِّيَر (٥/ ١٨٣ ح٤١٧٦)، بأكثر من إسناد عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر عن النَّبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أَنَّهُ أَسْهَمَ للفَارِسِ سَهْمَيْنِ وَلِلرَّاجِلِ سَهْمًا، وذكر الدَّارقطني أنَّ في بعض أسانيده وهمًا؛ لمخالفته المشهور من رواية ابن عمر مما هو في الصَّحيحين وغيرهما. وللاستزادة ينظر: بيان الوهم والإيهام (٣/ ٤٩٢)، نصب الراية (٣/ ٤١٧)، الدراية (٢/ ١٢٣).

(٦) مسألة الآخذ بالأقلِّ هل هو آخذٌ بالإجماع؟ وهي من المسائل الأصولية المختلف فيها، ينظر =

ويسهم لفرس واحد عند أبي حنيفة ومحمد، ولا يسهم لأكثر من ذلك، وعند أبي يوسف: لفرسين / ، ولا يسهم لأكثر من ذلك[١]. (١٨٦/أ)

ونظيرُ هذا الخلاف: الخلافُ في نفقه خادم[٢] المرأة، فعندهما، يفرض لخادم واحد ولا يفرض لأكثر من ذلك.

وعند أبي يوسف: يفرض لخادمين؛ لأنَّ الغازيَ كما يحتاج إلى فرسين، بأن تعبا أحدهما فيركب الآخر، فالمرأة الشريفة تحتاج إلى خادمين، يقوم أحدهما بمصالح البيت، والآخر بالمصالح الخارجة[٣].

ولنا: ما روي أن الزبير بن العوام، حضر خيبر بأفراس له، فلم يسهم رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلا لفرس واحد منها، وما ذكره رأي في مقابلة الخبر، فلا يكون حجة[٤].

= الخلاف في: المستصفي للغزالي (١/ ١٦٨)، المحصول للرازي (٦/ ١٥٥)، روضة الناظر (١/ ٤٤١)، شرح مختصر الروضة (٣/ ١٣٥)، المهذب في علم أصول الفقه، لعبد الكريم النملة (٢/ ٩٤١).

(١) ينظر: المبسوط (١٠/ ٤١-٤٤)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤١٨)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٢٤٢).

(٢) الخَادِمُ لغة: واحد الخُدَّام، غلامًا كان أو جاريةً، واختلف أئمة المذهب في تفسيره، فقيل: هو كُلُّ من يخدمها حُرًّا، كان أو عبدًا، مِلكًا لها، أو له، أو لغيرهما، وقيل: هو مملوكها، وهو ظاهرُ كلامهم. ينظر: المخصص، لابن سيده (١/ ٣٢٦)، طلبة الطلبة (١/ ١٣٤)، البحر الرائق (٤/ ١٩٨).

(٣) ينظر: المبسوط (٥/ ١٨٢)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤١٩)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٤٢)، البحر الرائق (٥/ ٩٦).

(٤) ينظر: المبسوط (١٠/ ٤٥)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤١٩)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٤٢).

[من مات من المقاتلة قبل أخذ نصيبه من الغنيمة]

رجلٌ من الغزاة مات قبل أن يخرج الى دار الإسلام، فلا يسهم له، وإن مات بعد ما خرج، فسهمه لورثته[١]. وعند الشافعي، إذا مات بعد استقرار الهزيمة، فله سهمه[٢].

وهذا الخلاف بناء على الخلاف في أن الغنائم هل تملك في دار الحرب؟ عندنا: لا تملك[٣]، فقد مات قبل أن يثبت الملك في جزء من الغنيمة، فلا يخلفه وارثه، وإن مات بعد ما خرج، فقد مات بعد ما ثبت له الملك، فيخلفه وارثه.

[المستحقون للعطاء ووقت ثبوتها]

رجلٌ: مات في نصف السنة، قبل أن يأخذ عطاءه، لا شيء له؛ لما بيَّنا: أنها صلة فلا تملك قبل القبض.

وأهل العطاء: كل من شغل نفسه بمصالح المسلمين؛ كالقاضي والمفتي والمدرس، وكان في الزمن الأول يعطى من له زيادة حرمة في الإسلام؛ كأزواج النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأولاد المهاجرين والأنصار[٤].

[الجُعل للمجاهد]

ويكره الجُعل ما دام للمسلمين فيء- يريد به أن يضرب الإمام الجعل على الناس- للغزاة، وإنما كره ذلك؛ لأنه تشبيه الأجر على الغزو، حرام، فيكره شبهه. وإن لم يكن لهم فيء، فلا بأس بأن يقوي المسلمون بعضهم بعضًا عند الحاجة إلى ذلك[٥].

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٢٠)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤١٩)، تحفة الفقهاء (٣/ ٢٩٨).

(٢) ينظر: الأم (٣/ ١٥٣)، الوسيط في المذهب، للغزالي (٧/ ٣٦)، تحفة المحتاج (٩/ ٢٦١)، نهاية المحتاج (٨/ ٧٦)، الأشباه والنظائر، للسبكي (٢/ ٢٩٩).

(٣) أي: لا تملك بمجرد ذلك، بل لا بدَّ معه من الإحراز في دار الإسلام. وذلك من آثار جعلهم اختلاف الدارين يوجب اختلاف الأحكام، فجعلوا الإحراز في دار الإسلام شرط العلة، أو أحد وصفيها. ينظر: كشف الأسرار (٤/ ١٤٦).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٦٠)، المبسوط (١٠/ ٤٤)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤١٩).

(٥) ينظر: شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤١٩)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان =

باب الحربيِّ يدخلُ دارَنا بأمَانٍ

الأصل فيه:

وهو أن الحربيَّ لا يمكَّن من إطالة المقام في دار الإسلام؛ لأنَّه يطلع على عورات المسلمين، فيخبر العدوَّ بذلك.

ويجب على الإمام أن يتقدم إليه إذا دخل بأمان، أن لا يمكث إلا قدر ما يقضي حاجته، ويضرب له المدة على ما يرى، ويقول له: إن مكثت أكثر من ذلك، جعلتك ذميًّا.

ثم الحربي كما يصير ذميًّا بجعله ذميًّا، يصير ذميًّا بلزوم حكم من أحكام المقام.

فإذا عرف هذا نقول:

[ما يلزم الحربي إذا دخل دار الإسلام بعقد أمان]

حربيٌّ دخل بأمان، فتقدم إليه الإمام، إن مكثت سنة جعلتك ذميًّا، فمكث، يجعله ذميًّا، ويأخذ منه الجزية إذا مضى حول آخر، إلا إذا قال له: إن مكثت أكثر من كذا، أخذت منك الجزية[١]. (١٨٦/ب)

[الحربي المستأمن متى يكون ذميًا]

حربيٌّ دخل دارنا بأمان، فاشترى أرضًا خراجية، فوضع عليه الإمام / الخراج، صار ذميًّا؛ لأنه لزمه حكم المقام، فلا يمكن من العود إلى داره بعد ذلك؛ كأهل الذمة[٢].

= (١/ ٢٤٤)، البناية شرح الهداية (٧/ ٩٨).

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٢٠)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٩١)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤٢٠)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٢٤٥).

(٢) ينظر المصادر السابقة.

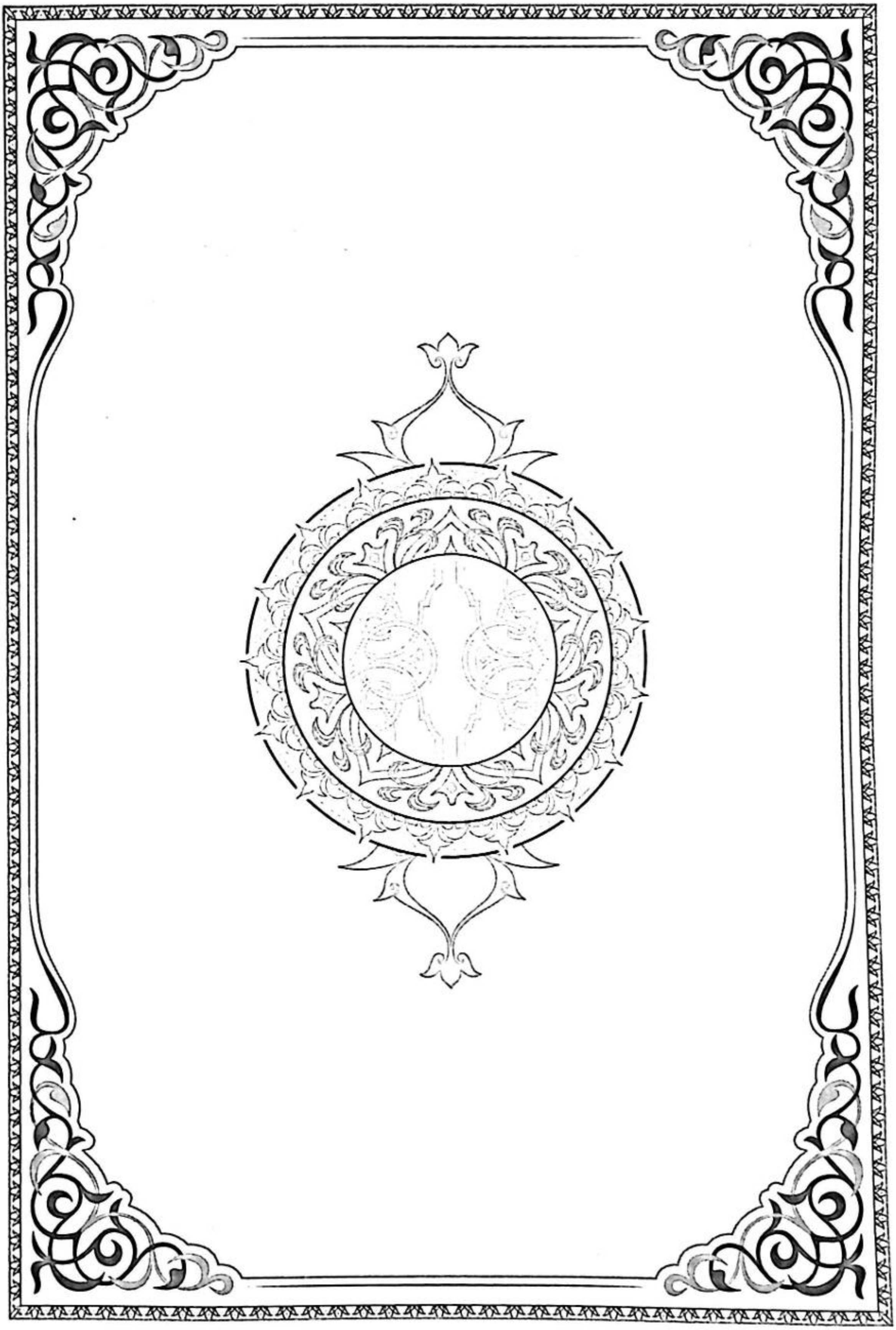
[هل يصير الحربي ذميا]

حربيةٌ دخلت دارنـا بأمان، فتزوجت بذميٍّ، صـارت ذميَّةً؛ لأنـه لزمها المقام معه.

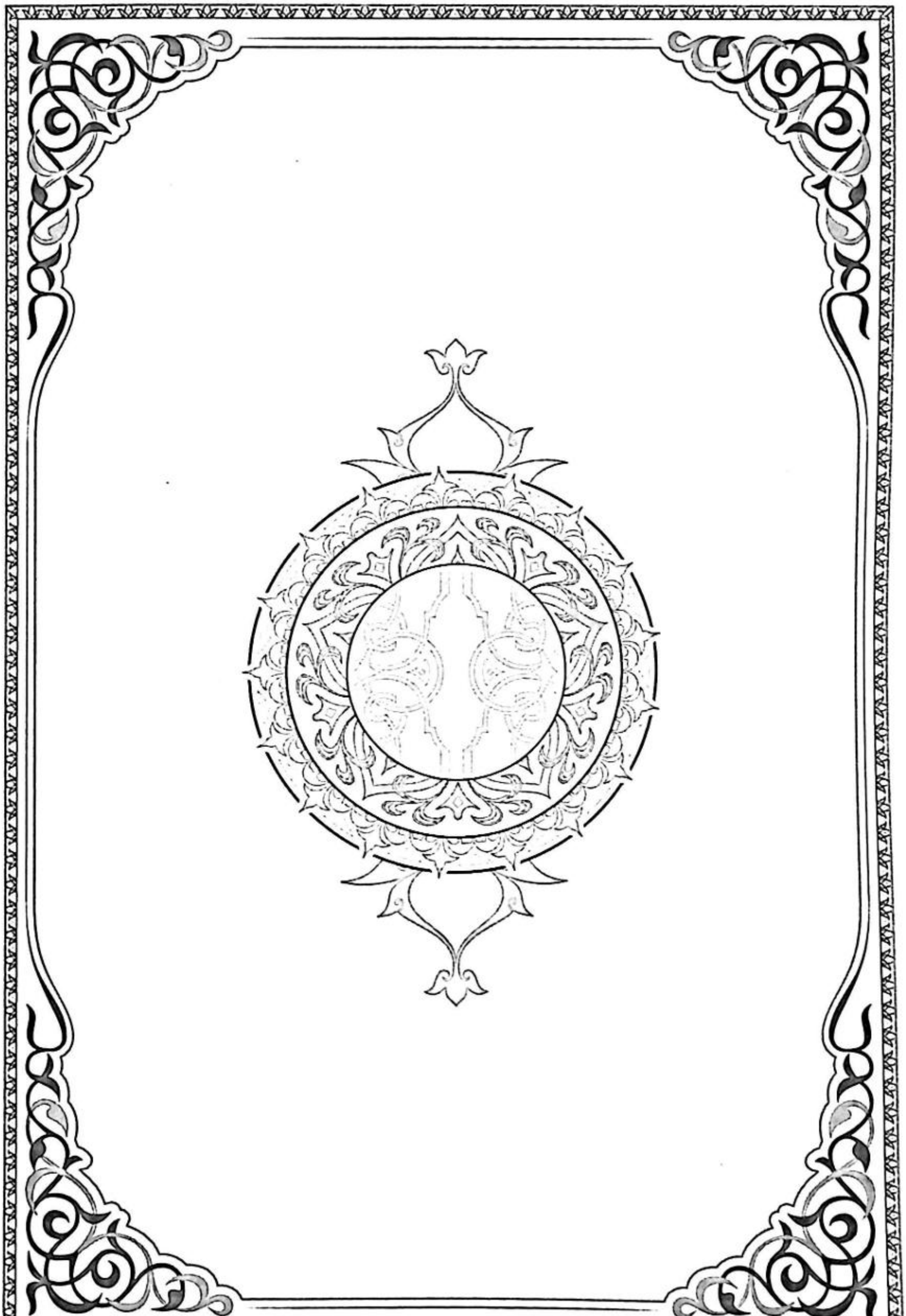
ولو دخل حربيٌّ دارنا بأمان، فتزوج بذمية، لم يَصِر ذمِّيًّا؛ لأنه لم يلزمه المقام معها. والله أعلم(١).

* * *

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٩١)، مختصر الطحاوي (١/ ٢٩١)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤٢٠).



كتاب البيوع



كتاب البيوع

البيع أربعة: بيعُ عينٍ بدَينٍ، وهو البيع المطلَقُ[١]، وبيعُ عينٍ بِعَيْنٍ، وهو المقايضة[٢]، وبيع دين بدين، وهو الصَّرفُ، وبيع دين بعين، وهو السَّلَمُ، سمي سلمًا وسلفًا؛ لاستعجال أحد البدلين وهو رأس المال.

وأنه يتوقف انعقاده على صدور ركنه من أهله[٣] مضافًا إلى محل قابل لحكمه[٤]، ممن له ولاية على المحل[٥].

وركنه: الإيجاب والقبول، وهو أن يقول: أسلمت إليك هذه الدراهمَ في كذا قفيز[٦] حِنطة، ونحو ذلك.

---

(١) كبيع العين بالأثمان المطلقة، وهو أشهر الأنواع، ولذا سمي بيعًا باتًّا. ينظر: أنيس الفقهاء (١/ ٨١).

(٢) كبيع السلعة بمثلها نحو؛ بيع الثوب بالعبد. أي: مبادلة مال بمال غير النقدين. ينظر: التعريفات (١/ ٢٢٦)، مجلة الأحكام العدلية (المادة: ١٢٢).

(٣) وهو من توفرت فيه الأهلية لعقد البيع، وهو العاقل، المميز، ومنها في الآلة: أن تكون بلفظ الماضي، ومنها: أن يكون المحل مقدور التسليم، ومنها: التراضي، ومنها شرط النفاذ، وهو الملك، أو الولاية. ينظر شروط أهلية البيع عند الحنفية في: بدائع الصنائع (٥/ ١٣٤)، المحيط البرهاني (٦/ ٢٦٩)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٤).

(٤) أي: لحكم العقد- وهو المِلك- والمحل القابل لحكم العقد: هو من توفرت فيه شروط المعقود عليه.

(٥) ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٢).

(٦) القَفِيزُ: وِحْدَةٌ للكيل تفاوت النَّاس في تقديرها، وعند الحنفيّة تُرَادِفُ الصَّاع، وإذا أُطْلِقَ عند فقهاء الحنفيَّة فالمراد به القَفِيزُ الهاشميُّ، ويسَعُ عندهم ما وزنه ٨ أرطال أو ١٠٤٠ درهمًا، أي: ما يعادل (٣. ٣١٠) كيلو غرامًا تقريبًا، وله عندهم إطلاقات أخرى متعددة. ينظر: المبسوط للسرخسي (٣/ ٩٠)، المغرب (١/ ١٨٠)، موسوعة وحدات القياس (١/ ٢٨٦).

وأهله: من يكون قادرًا عليه حقيقةً وشرعًا، والقدرة الحقيقية: تثبت بالعقل المميز، واللسان الناطق، والشرعية: تثبت بإطلاق الشارع، وأنه ثابت مقتضى شرعية التصرف. ومحله: مال متقوم قدر موجودًا في الذمة[١].

وجوازه يتوقف على سبعة عشر: ستة منها في رأس المال، وهي: بيان جنسه، نحو قوله: ذهب أو فضة، ونوعه؛ كقوله: مصري أو سوري. ووصفه: كقوله: جيد أو رَديء، وقدره: فيما يتعلق العقد بقدره عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه: ليس بشرط إذا كان مشاراً إليه[٢].

وأجمعوا أن رأس المال؛ إذا كان ثوبًا مشارًا إليه، لا يشترط بيان ذرعه ووصفه[٣].

وانعقاده في المجلس عند أبي حنيفة، خلافًا لصاحبيه[٤]، وقبضه في مجلس العقد للتعيين؛ لأن الشرط إنما هو التعيين؛ لكيلا يقع دينًا عن دين[٥]، فيدخل تحت نهي النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «عَنْ الْكَالِئِ بِالْكَالِئِ»[٦].

---

(١) ينظر: تحفة الفقهاء (٢/ ٨)، بدائع الصنائع (٥/ ١٣٣)، الاتيار لتعليل المختار (٢/ ٣٤).

(٢) ينظر شرائط السلم عند الحنفية في: خزانة الفقه (١/ ١٧٨)، المبسوط (١٢/ ١٢٤)، تحفة الفقهاء (٢/ ٩).

(٣) المراد بالإجماع هنا إجماع المذهب، كما هم معلوم من مصطلح الشارح. ينظر: تحفة الفقهاء (٢/ ١٠)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٠١).

(٤) ينظر: المبسوط (١٢/ ١٢٧)، تحفة الفقهاء (٢/ ١١).

(٥) من القواعد الفقهية عند فقهاء الحنفية هو ما ذكره ناظر زاده في كتابه ترتيب اللآلي، (١/ ٤١٥): «بيع الدين بالدين باطل».

(٦) الحديث أخرجه الحاكم في المستدرك (٢/ ٦٥ ح٢٣٤٢)، والبيهقي في السنن الكبرى، باب: ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين (٦/ ٤٧٤ ح ١٠٥٣٦)، والدارقطني، في السنن، كتاب البيوع (٤/ ٤٠ ح٣٠٦٠). من حديث ابن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ. قال الحاكم: حديث صحيح على شرط مسلم. والحديث أخرجه الدارقطني، والحاكم، من طريق موسى بن عقبة، عن نافع عن =

والأصل في رأس المال: الدراهم والدنانير؛ لأنها لا تتعين بالتعيين، وإنما تتعين بالقبض[(١)]، وغير الدراهم والدنانير إذا جعل رأس المال، ألحق بهما؛ لأن العامة لا يميزون بين ما يتعين، وبين ما لا يتعين.

وأحد عشر منها في المسلم فيه، وهو بيان: جنسه؛ كقولهم: تمر، وبيان نوعه؛ كقولهم: بَرْنيٌّ، وبيان وصفه؛ كقولهم: جيد أو رديء وبيان قدره: في المكيلات بالكيل، والموزونات بالوزن[(٢)]، والعدديات[(٣)] المتقاربة بالعدد[(٤)]. الآجل شرط لازم عندنا[(٥)]، خلافًا للشافعي[(٦)]، حتى إن السلم الحال لا يجوز خلافًا له،

= ابن عمر. وغلطهما البيهقي، وقال:(إنما هو موسى بن عبيدة الربذي). وأخرجه ابن عدي، في الكامل (٦/ ٢٣٣٦)، وأعله بموسى بن عبيدة هذا، ونقل تضعيفه عن أحمد، قال: فقيل لأحمد: إن شعبة يروي عنه، قال: لو رأي شعبة ما رأينا، لم يرو عنه. والحديث ضعفه الألباني في ارواء الغليل (٥/ ٢٢٠ برقم١٣٨٢).

(١) من القواعد الفقهية عند الحنفية: (أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات). ينظر: الفصول في الأصول (٤/ ٢٥٦)، ، بدائع الصنائع (٥/ ٢١٨)، كشف الأسرار (٣/ ٤٧١)، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر (٣/ ٣٥١).

(٢) الكَيْل: بفتح فسكون مصدر كال، تقدير الأشياء بحجومها. والوزن: معرفة قدر الشيء. ينظر: تهذيب اللغة (١٠/ ١٩٣)، مقاييس اللغة (٦/ ١٠٧)، تحفة الفقهاء (٢/ ٢٥)، تبيين الحقائق (٤/ ٨٥).

(٣) الْعدديَّات الْمُتقاربة: هي الْمعدودات الَّتي لا يكون بين أفرادها وآحادها تفاوت في القيمة، فجميعها من المثليَّات. مجلة الأحكام العدلية (المادة: ١٤٧).

(٤) ينظر شرائط السَّلم في: الحجة على أهل المدينة (٢/ ٦١٣)، خزانة الفقه (١/ ١٧٨)، المبسوط (١٢/ ١٢٤)، تحفة الفقهاء (٢/ ٩).

(٥) ينظر: مختصر القدوري (١/ ٨٨)، تحفة الفقهاء (٢/ ١١)، الهداية شرح البداية (٣/ ٧٢)، العناية شرح الهداية (٧/ ٨١).

(٦) قال الماوردي في الحاوي الكبير (٥/ ٣٩٦): «فإذا ثبت جواز السَّلم حالًا ومؤجلًا، فقد اختلف أصحابنا هل الأصل فيه التأجيل، أو الحُلول رخصة، أو الأصل فيه الحُلول والتأجيل رخصة؟ على ثلاثة أوجه: أحدها: أنّ الأصل فيه التأجيل، لانعقاد الإجماع على جوازه والحُلول رخصة فيه. الوجه الثاني: أن الأصل فيه الحُلول لانتفاء الغرر والتأجيل =

وتقديره إلى المتعاقدين، واختلفوا في أدناه فالصحيح أنه شهر، نصَّ عليه محمد في الأصل[١].

وتعيين مكان إيفائه عند أبي حنيفة فيما له حمل ومؤونة، وعند صاحبيه: ليس بشرط في تعيين / مكان العقد للإيفاء فيما لا حمل له، ولا مؤونة كالمسك[٢]، والكافور[٣]، لا يشترط تعيين مكان إيفائه بالإجماع. (١٨٧/أ)

وله أن يطالبه به حيث شاء، في رواية عن أبي حنيفة، وفي أخرى: يتعين مكان العقد بالإيفاء، وهو قولهما.

وأن يكون المسلم فيه موجودًا من حين العقد، إلى حين المحِل، عندنا[٤]، خلافًا للشافعي[٥]، حتى إن المسلم في المنقطع، لا يجوز عندنا، خلافًا له.

= رخصة. والوجه الثالث: أن الأمرين فيه سواء وليس أحدهما أن يكون أصلاً بأولى من الآخر، لقيام الدلالة عليهما». وينظر: الأم (٣/ ٩٧)، المهذب (٢/ ٧٧)، البيان (٥/ ٣٩٦)، مغني المحتاج (٣/ ٨).

(١) ينظر: كتاب الأصل (٢/ ٣٤٩).

(٢) الْمِسْك: ضرب من الطّيب يتَّخذ من ضرب من الغزلان. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٨٦٩).

(٣) الكَافُورُ: شجرٌ من الفصيلة الغاريَّة يتخذ منه مادَّة شفَّافة بلُّورية الشكل يميل لونها إلى البياض، رائحتها عطرية وطعمها مرٌّ وهي المعروفة بالكافور وهو أصناف كثيرة. والجمع: كَوافيرُ. معجم لغة الفقهاء (١/ ٤٢٨).

(٤) ينظر: خزانة الفقه (١/ ١٧٨)، مختصر القدوري (١/ ٨٨)، تحفة الفقهاء (٢/ ١٢)، الهداية شرح البداية (٣/ ٧١)، الاختيار في تعليل المختار (٢/ ٣٥).

(٥) قال العمراني في كتابه البيان، (٥/ ٣٩٧): «يجوز السلم في المعدوم إذا كان مأمون الانقطاع عند المحل وإن كان منقطعًا حال العقد أو ما بعده، إلا أن يكون المسلم حالاً.. فيعتبر وجوده حال العقد. هذا مذهبُنا، وبه قال مالكٌ».

وإضافة السلم إلى طعام موضع لا ينقطع غالبًا بالآفة؛ كالعراق وخُراسان، وعن محمد: إذا أسلم في طعام هراة[١]، لا يجوز، وقاسوا عليه طعام بخارى وسمرقند.

والصحيح: أنه يجوز السلم في طعام بخارى، وسمرقند؛ لأنَّه لا ينقطع غالبًا بالآفة، وأراد محمد بهراة: قريةٌ من قرى الفرات، دون البلدة المعروفة بهذا الاسم في خراسان[٢].

وأن يكون المسلمُ فيه مما يتعين بالتعيين، حتى إنه لو أسلم في الدراهم والدنانير، لا يجوز؛ لأنها أثمان محضة لا تتعين بالتعيين، وفي التِّبْرِ[٣] روايتان[٤]. وأن يكون مضبوطًا بالوصف على معنى أنه لا يبقى بعد بيان جنسه ونوعه ووصفه وقدره تفاوت فاحش يفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم[٥]. ولهذا

---

(١) هراة: مدينةٌ مشهورةٌ قديمًا، وكانت تُعَدُّ من أهم مدن خُرَاسان، وهي اليوم في الجزء الغربي من أفغانستان، بالقرب من الحدود الإيرانية. ينظر: معجم البلدان (٥/ ٣٩٦)، أطلس العالم الكبير (١/ ٣٦٢).

(٢) ينظر: المبسوط (١٢/ ١٧٥)، تحفة الفقهاء (٢/ ١٢)، بدائع الصنائع (٥/ ٢١٢)، المحيط البرهاني (٧/ ٧٥).

(٣) التِّبْر: الفتات من الذهب والفضة قبل أن يصاغا، فإذا صيغا، فهما ذهب وفضة. وفي الاصطلاح: (هو اسم للذهب والفضة قبل ضربها). ينظر: المغرب (١/٥٨)، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (١/ ٤٢٢).

(٤) ينظر: المبسوط (١٢/ ١٣١)، تحفة الفقهاء (٢/ ١١)، بدائع الصنائع (٥/٢٠٨)، البناية شرح الهداية (٨/ ٣٣٠).

(٥) من القواعد الفقهية عند الحنفية: (أن الجهالة المفضية إلى النزاع، مفسد للعقد). وفي لفظ: (فإِنْ كان المجهولُ لا تُفضي جهالَتُهُ إلى الْمنازعة، لا يَضُرُّ، وإِلَّا فسد في الكلّ). ينظر: المبسوط (١٢/ ١٣٤)، بدائع الصنائع (٥/ ٢١٣)، ترتيب اللآلي (١/ ٦١٢)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/ ٩٨).

لا يجوز السلم في الحيوان عندنا[١]، خلافًا للشافعي[٢].

ولا يجوز في الحطب، حُزُمًا[٣]، والتِّبن[٤] أَوْقَارًا، وفي رؤوس الغنم والبقر وجلودها وأكارعها[٥]. وأن لا يتفاوت آحاده؛ كالبطيخ والسفرجل[٦] ونحوه[٧].

❋ ❋ ❋

---

(١) جاء في تحفة الفقهاء (٢/ ١٥): «وَأما السّلم فِي الْحَيَوان، فجائِز عند الشَّافعي إِذا بَين جنسه ونوعه وسنه وصفته، وعندنا، لا يجوز».

(٢) قال العمراني رَحِمَهُ ٱللَّهُ في البيان (٥/ ٣٩٨): «كلُّ حيوان جاز بيعه وضبطه بالصفة، كالرقيق والأنعام والخيل والبغال والحمير. . جاز السلم فيه». وينظر: الأم (٣/ ١٢٣)، مختصر المزني (٨/ ١٨٩)، تحفة المحتاج (٥/ ٢٢)، مغني المحتاج (٣/ ١٧).

(٣) وذلك للجهالة من حيث طوله، وعرضه.

(٤) التِّبْنُ: عصيفة الزَّرع، كالبُرِّ والقمح، ونحوهما، والمراد به: ما تُعْلَفُهُ الماشية ممَّا تَهَشَّمَ من سيقان الزَّرع بعد دَرْسِه. ينظر: لسان العرب (١٣/ ٧١).

(٥) الكُراع: بالضم هو مستدق الساق؛ أي: ما دون الركبة في الدواب. وجمعه أكرع، وأكارع. ينظر: طلبة الطلبة (١/ ١٠٩).

(٦) السفرجل: فاكهة شتوية قريبة الشبه من التفاح والكمثرى لها فوائد طبية عديدة وخاصة للحوامل فتناوله يحفظ الجنين ويحسن بشرته ويمنع الإجهاض، موطنُها الأصليّ غربي آسيا، وتنمو في المناطق المعتدلة. ينظر: تاج العروس (٢٩/ ٢٠٣)، موسوعة نبات العالم، د. إبراهيم بدران (١/ ١٣٣).

(٧) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٩)، الاختيار لتعليل المختار (٣/ ٧١).

باب السَّلم

الأصل فيه:

وهو أن المتعاقدين متى اختلفا، وأحدهما متعنت[١] في دعواه، فالقول للآخر[٢]؛ لأن دعوى المتعنت مردودةٌ، فيبقى كلام الآخر، بلا معارض.

وإن لم يكن متعنتًا، فالقولُ قولُ من يدعي الصحة، عند أبي حنيفة، وإن كان منكرًا، وعند صاحبيه، القول قول المنكر[٣].

ومتى تمكَّن في المسلم فيه جهالة تفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم تفسده[٤].

وأن الاستصناع[٥] يجوز فيما يجري به التعامل بين الناس[٦] ولا يجوز فيما لا تعامل فيه.

---

(١) التعنت لغة: الشدة الجور والإثم، والأذى. يقال تعنت فلانٌ فلانًا: إذا أدخل عليه الأذي. وقيل غير ذلك. ينظر: طلبة الطلبة (١/ ٢٤)، لسان العرب (٢/ ٦٢).

(٢) من القواعد الفقهية عند الحنفية: **(أن المتعاقدين متى اختلفا وأحدهما متعنت في دعواه فالقول للآخر، وإن لم يكن متعنتا فالقول قول من يدعى الصحة)**. ينظر:بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٣)، درر الحكام (٢/ ١٩٧)، فتح القدير (٧/ ١٠٨).

(٣) لأن الصحة أصل في العقد، والفساد عارض. ينظر: المبسوط (٢٢/ ٩٠)، بدائع الصنائع (٥/ ٣٤).

(٤) قاعدة فقهية سبق بيانها.

(٥) مصدر اسْتَصْنع الشَّيْء: أي: دعا إِلى صُنعِهِ. وفي الاصطلاح: (هو عقد على مبيع في الذِّمَّة). وقيل: (هو عقد على مبيع بالذمة شرط فيه العمل). ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢)، تاج العروس (٢١/ ٣٧٥)، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (١/ ١٤١).

(٦) كالحديد والرَّصاص والنُّحاس، ونحو ذلك. ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣).

وأن بيع ما لم يره المشتري، يثبت للمشتري خيار الرؤية دون البائع وهو المختار.[١]

ومن اشترى شيئاً مكايلة أو موازنةً؛ نحو إن قال: اشتريت منك هذه الصبرة[٢] على أنها عشرة أقفزة، أو اشتريت منك عشرة أقفزة من هذه الحِنطة، فليس له أن يتصرف فيما اشتراه وقبضه، بيعاً وأكلا، حتى يكتاله لنفسه[٣]؛ لأن البيع تناول المسمى، فربما إذا كاله يزداد، فتكون الزيادة للبائع، أو ينتقص فيحط من الثمن حصته، فلو تصرف فيه/ (١٨٧/ب) فربما يصادف تصرفه ملك الغير، فلهذا نهي عن ذلك، وإليه أشار عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ بنهيه عن بيع الطعام، حتى يجري فيه الصاعان: صاع البائع، وصاع المشتري[٤]. وإن قبضه المشتري من بائعه وكاله بحضرة

(١) جاء في تحفة الفقهاء (٢/ ٨١): «قال أصحابنا رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ: إن خيار الرُّؤْية مشروع في شراء ما لم يره المشتري، فيجوز الشِّراء ويثبت له الْخِيار».

(٢) من القواعد الفقهية عند الحنفية: (لا يجُوز لِأحد أَنْ يتصَرَّفَ فِي مِلْكِ الْغيْرِ بِلَا إِذْنه). ينظر:ترتيب اللآلي (١/ ٣٩٧)، مجلة الأحكام العدلية (المادة:٥٩-٩٦)، قواعد الفقه لمحمد عميم الاحسان (١/ ٦٢).

(٣) من القواعد الفقهية: (أن كل شيء يشتريه الرجل، مما يكال، أو يوزن، فلا يبيعه حتى يقبض). ينظر: الهداية شرح البداية (٣/ ٥٩)، فتح القدير (٦/ ٥١٠)، القواعد الفقهية للندوي (١/ ١٠٣).

(٤) الحديث أخرجه ابن ماجه، كتاب التجارات، بَاب: النهي عن بيع الطعام قبل ما لم يقبض (٢/ ٧٥٠ ح ٢٢٢٨)، من طريق جابر بن عبدالله سُبْحَانَهُ وَتَعَالَىٰ ورواه الدارقطني، في سننه، كتاب البيوع (٣/ ١٩٠ ح٢٨١٩)، من حديث جابر، وفيه محمد بن عبدالرحمن بن أبي ليلى. قال في المجروحين لابن حبان (٢/ ٢٤٤): (سيء الحفظ)، وقد تفرد به مسلم بن أبي مسلم البغدادي، وقد روى أحاديث لا يتابع عليها، كما في لسان الميزان، لابن حجر (٢/ ٣٢)، ولكن حسن إسناده ابن حجر في فتح الباري (٤/ ٣٥١). وقال البيهقي السنن الكبرى (٥/ ٥١٤): (روي موصولاً من أوجه، إذا ضم بعضها إلى بعض قوي). وللحديث طرق أخرى ذكرها الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٣٤)، والبدر المنير لابن الملقن (٦/ ٥٧٠)، وابن حجر في التلخيص (٣/ ٧٢).

المشتري الثاني، أو حال غيبته، قال: لا يكتفي بذلك الكيل، ولا يتصرف فيه بيعًا أو أكلاً حتى يكتاله مرة أخرى؛ لأن ذلك الكيل حق البيع الأول، فلا ينوب عن حق بيع آخر(١). وأن المشتري كما يصير قابضًا بِالتَّخَلِّي، يصير قابضًا بالتصرف في المبيع، إهلاكًا وتعيينًا بنفسه أو بنائبه؛ لأنه فوت التخلي في كونه استيلاء عليه، وكذلك اتصاله بملكه أو باختلاطه، فإذا خلطه، أو أوصله البائع بأمره فيما يصح أمره فيه، جاز(٢). والإقالة كما لا تصح إلا مضافة إلى المحل، وهو المبيع، لا تبقى إلا فيه؛ لأن ما يرجع إلى المحلية الابتداء والبقاء على السواء(٣). وكما لا يجوز الاستبدال برأس المال حال بقاء العقد؛ لأنه يفوت شرط جوازه، وهو قبضه في المجلس، لا يجوز الاستبدال به بعد الإقالة عندنا، وعند زفر: يجوز(٤)؛ لأنَّ عدم جوازه كان لكونه رأس المال، ولم يبق رأس المال بعد الإقالة.

ولنا: أن لرأس المال حكمَ المبيع العين، بدليل أن بقاء العقدِ صحيحا يتعلق به؛ كالمبيع العين، ثم الاستبدال بالمبيع العين قبل القبض، لا يجوز فكذا به، بخلاف بدل الصرف، فإن الاستبدال به حال قيام العقد، لا يجوز وبعد الإقالة، يجوز؛ لأن بدل الصرف ليس له حكم المبيع العين؛ لأنه بيع ثمن بثمن لا مبيع فيه، وإنما اشترط قبض أحدهما حال قيام العقد لتعيينه، لكيلا يقع الافتراق عن دين بدين، وقبض الآخر لتعيينه احترازًا عن ربا النَّسَاء.

---

(١) ينظر: المحيط البرهاني (٦/ ٤١٧)، تبيين الحقائق (٤/ ١١٩)، العناية شرح الهداية (٦/ ٥١٧)، الجوهرة النيرة (١/ ٢١١).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٤٦).

(٣) تقدم ذكر القاعدة في كتاب الأيمان.

(٤) وهو القياس عند الحنفية. جاء في بدائع الصنائع (٥/ ١٨١): «وجه القياس: أنَّ عقد السَّلم ارتفع بالإقالة؛ لأنها فسخ، وفسخ العقد رفعُه من الأصل، وجعله؛ كأنه لم يكن، وإذا ارتفع العقد من الأصل عاد رأس المال إلى قديم مِلك ربِّ المال، فكان محلاً للاستبدال كما كان قبل السَّلم. . . ».

فإذا عرف هذا نقول:

[ادعى رب السَّلم الأجل، وأنكره المسْلم إليه]

قال: إذا ادَّعى رَبُّ السَّلَمِ الأجل، وأنكر الْمُسَلَمُ إليه، فالقول قول رَبِّ السَّلَمِ مع يمينه؛ لأن الْمُسَلَمَ إليه متعنت في دعواه؛ لأنه[1] يدعي ما يضره، ولا ينفعه، لأنه ينكر حقًّا له على غيره أقرَّ له به، فترد دعواه، فبقي رَبُّ السَّلَمِ بلا معارض، فيُقبل، فإذا صار القول قول ربِّ السَّلَمِ للأجل، كان القول قوله في بيان مقداره[2].

وإن ادَّعى الْمُسَلَمُ إليه الأجل، وأنكر ربُّ السَّلم، فالقول قول الْمُسَلَم إليه، لما مرَّ: أنه يدعي الصحة، وعند صاحبيه: القول قول رَبِّ السَّلَمِ؛ لأنه ينكر حقًّا عليه، فكان القول قوله بالنص. [3]

ولنا: أنهما اتفقا على وجود السلم، لكن اختلفا في شرط جوازه، وهو الأجل، فمدعي الأجل، يدعي جوازه وصحته، فكان القول قوله؛ لأنَّ الظاهر يشهد له[4]، لأن الظاهر من حال الْمُسلم مباشرة / العقد الصحيح، دون الفاسد[5]. (١٨٨/أ)

ونظيره: اتفق الزوجان على وجود النكاح واختلفا في حضرة الشهود عنده، فالقول قول من يدعي حضرة الشهود؛ لأنه يدعي الصحة، فإذا صار القول

---

(١) أي: الْمُسْلَم إليه.

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٢٣)، مختصر القدوري (١/ ٣١٧)، المبسوط (٢٣/ ٩٤)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤٢١).

(٣) ينظر ما ذكره في بداية الباب.

(٤) من القواعد الفقهية عند الحنفية ما ذكره ناظر زاده في كتابه، ترتيب اللآلي، (٢/ ٨٦٣): «الأصل أن من ساعده الظاهر فالقول قوله والبينة على من ادعى خلاف الظاهر».

(٥) يُقَسّم الحنفيَّة البيع إلى: صحيح، وباطل، وفاسد، فالصَّحيح: ما شُرع بأصلِه ووصفه، ويقابله الباطل، وأمَّا الفاسد: فهو ما شُرِعَ بأصله، لا بوصفه، ومرادهم: أنَّ كُلَّ بيعٍ أورث خللًا في ركن المبيع فهو باطل، وما أورث الخلل في غير ركن المبيع، فهو فاسد. ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٩)، البحر الرائق (٦/ ٧٤)، التعريفات (١/ ١٦٤)، مجلة الأحكام العدلية (المادة: ١٠٨-١١٢).

[قول][١] المُسلَم إليه في الأصل، صار القول قوله في بيان مقداره[٢]. وقيل: القول قوله في أدنى الآجال، وما زاد عليه لا يقبل قوله إلا ببينة[٣].

[فيمن شرط طعاماً رديئاً في السلم]

ولو ادَّعى الْمُسلمُ إليه شرط الـرَّدِيءِ[٤]، وأنكر ربُّ السَّلم الشرط أصلا، فالقول: [قول] الْمُسْلَم إليه؛ لأنَّ ربَّ السَّلم متعنت في دعواه؛ لأنه يدعي ما يضره، فكان القول قول الآخر. [٥]

ولو ادَّعى رَبُّ السَّلَم شرط الـرَّدِيء، وأنكر الْمُسْلَمُ إليه، لم يذكر هذا في الكتاب، وقياس قول أبي حنيفة: أن يكون القول قول ربِّ السَّلم؛ لأنه يدعي الصحة، وعند صاحبيه: القول قول الْمُسْلَمِ إليه؛ لأنه ينكر الشرط.

[رأس مال السلم إذا كان ديناً ونقداً من نوع]

رجلٌ أسلم مائتي درهم في كُرِّ حِنْطَةٍ[٦]، مائة نقدًا، ومائة دينًا على الْمُسْلَمِ إليه، جاز في حصة النقد، وبطل في حصة الدين[٧]؛ لما مر: أن قبض رأس المال في المجلس شرط جواز السلم، وقد وجد في حصة النقد، ولم يوجد في حصة الدين، وسواء أطلق بأن قال: أسلمت إليك مائتي درهم نقدًا، ومائة دينًا، ولم

---

(١) الزيادة من الجامع الصغير (١/ ٣٢٢).

(٢) أي: مقدار الأجل.

(٣) ينظر: الهداية شرح البداية (٣/ ٧٦)، المحيط البرهاني (٦/ ٤٤٠) (٨/ ٤٧٠)، تبيين الحقائق (٤/ ٣٠٧)، مجمع الأنهر (٢/ ١٠٥).

(٤) رديء: أي فاسد. ينظر: لسان العرب (١/ ٨٥).

(٥) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٢٣)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤٢١)، الهداية شرح البداية (٣/ ٧٦).

(٦) الكُرُّ: مكيال أهل العراق، وجمعه أكرار. قال المطرزي نقلًا عن الأزهري: الكُرّ: ستون قفيزًا، والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوكة صاع ونصف. المغرب (١/ ٤٠٥).

(٧) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٢٣)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤٢١)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٢٥٠)، الهداية شرح البداية (٣/ ٧٤).

يقل: المائة التي لي عليك، أو قيد بأن قال: مائة نقدًا، ومائة التي لي عليك؛ لأن الدراهم الحاضرة الموجودة لدية لا تتعين بالتعيين[١]، فالدراهم الثابتة في الذمة أولى أن لا تتعين، فصار إطلاقه كتقييده.

[من شرط حمل المسلم فيه علم المكان]

ولو أسلم فيما له حمل ومؤونة، ولم يبيِّن مكان إيفائه، لم يجز عند أبي حنيفة، خلافًا لصاحبيه، بناء على أن تعيين مكان إيفاء المسلم فيه فيما له حمل ومؤونة، شرط عنده، خلافًا لهما[٢].

لهما: أن مكان العقد يتعين للإيفاء، فلا حاجة إلى التعيين، ولهذا تعين لإيفاء الثمن في بيع العين، ولهذا تعين فيما له حمل له ولا مؤونة؛ كالمسك، والكافور.

ولنا: أن ما له حمل ومؤونة تتفاوت قيمته بتفاوت الأمكنة، فتتمكن فيه الجهالة المفضية إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم، وأنها مفسدة للعقد[٣]، بخلاف ما لا حمل له ولا مؤونة، فإنه لا تتفاوت قيمتة بتفاوت الأمكنة، فلا تتمكن فيه جهالة مفضية إلى المنازعة[٤].

وقوله: تعين مكان العقد للإيفاء، ممنوع[٥].

---

(١) من القواعد الفقهية: (أن الدراهم والدنانير لا تتعينان في عقود المعاوضات وفسوخها)، وهذه القاعدة عند الحنفية كثيرة الدوران عند تعليل المسائل في عقود المعاوضات. وقد سبق توثيق القاعدة ص(٣٢٤).

(٢) ينظر: الحجة على أهل المدينة (٢/ ٦١٢)، مختصر القدروي (١/ ٨٨)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٢١)، تحفة الفقهاء (٢/ ١٣).

(٣) قاعدة فقهية سبق توثيقها.

(٤) ينظر:الجامع الصغير (١/ ٣٢٣)، الهداية شرح البداية (٣/ ٧٣)، المحيط البرهاني (٦/ ٤٠٦)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٣٤).

(٥) جواب من الشارح، عن اعتراض، وهو هل يتعين مكان العقد مكانا للإيفاء؟ .

وبيانه: وهو أن التعيين موجب التقييد، ولم يوجد؛ لأن العقد صدر مطلقًا[1] عن بيان مكان الإيفاء، فمنِ ادَّعى التعيين، فقد ادَّعى التقييد، وإنه خلاف الأصل[2]، ولا نسلم أن مكان العقد يتعين لتسليم الثمن في بيع العين، ولا فيما لا حمل له ولا مؤونة من المسلم فيه؛ لأن في إحدى الروايتين عن أبي / حنيفة، لا تتعين، بل له أن يطالبه به حيث شاء، وفي الرواية الأخرى: تتعين، وهو قولهما. (١٨٨/ب)

وعلى هذا الخلاف إذا أجر دارًا سنة بحنطة موصوفة في الذمة، أو دابّة ولم يعين مكان الإيفاء، لم يجز عند أبي حنيفة.

وعندهما: يجوز، ويتعين مكان الدار للإيفاء في إجارة الدار ومكان تسليم الدابة في إجارة الدابة[3].

وعلى هذا إذا اقتسما العقار ووقع في نصيب أحدهما بناء وجعل في مقابله حنطة موصوفة في الذمة من غير تعيين مكان إيفائها، لا يجوز عنده، خلافًا لهما، لما بيَّنا من المعنى.

---

(١) المقيّد في مصطلح أهل الأصول: (هو اللفظ الدال على الذات بصفة زائدة إما نصًّا وإما دلالة). والمطلق: (هو ما دل على الماهية، بلا قيد) وقيل: (هو ما دلَّ على شائعٍ في جنسه أو اللفظ الشائع في جنسه بلا شمول ولا تعيين). ينظر: كشف الأسرار (٢/ ٢٨٦)، البحر المحيط (٥/ ٦-٨)، إرشاد الفحول (٢/ ٥-٦).

(٢) من القواعد الأصولية الواردة في كتب الفقه وأصوله: (وهو أن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصًّا أو دلالة). ومفهومها: أنه إذا وجد كلامًا خال من القيود، فإنه يعمل به على إطلاقه، فإذا قام الدليل على تقييده، فإنه يعمل به مقيدًا. ينظر: أصول الشاشي (١/ ٣٣)، المبسوط (١٩/ ٤٠)، شرح التلويح على التوضيح (١/ ١٢٠)، مجلة الأحكام العدلية (المادة: ٦٤)، شرح القواعد الفقهية للزرقا (١/ ٣٢٣).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٧/ ١٢٢) شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤٢١)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٢٥٢)، البحر الرائق (٦/ ١٧٦).

وقيل: يتعين مكان الإيفاء في الأثمان، ليس بشرط في الأثمان بالإجماع، وإنه غلط، فإن محمدًا نصَّ في كتاب (الإجارة) على ذلك في الأجرة، والتنصيص على الأجرة، تنصيص على غيرها من الأثمان، والأعواض.

[ما يصح السلم فيه، وما لا يصح]

ولا بأس بالسلم في البيض[1] والجوز عددًا عندنا، وعند زفر: لا يجوز؛ لأنه يتفاوت حمله[2].

قلنا: هذا التفاوت أهدره اصطلاح الناس، فالتحق بالعدم، ولهذا يضمن متلفه مثله.

وإن أسلم في البيض والجوز، كيلاً أو وزنًا، جاز بالإجماع، لعدم التفاوت[3].

ولا بأس بالسلم في الفلوس ذكره في (**الأصل**)[4] ولم يذكر خلافًا، فيجب أن يكون هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف[5]، أما عند محمد، فلا، بناءً على اختلافهم في بيع فلس بفلسين بأعيانهما، عندهما، يجوز، وعند محمد، لا يجوز[6]، بناء على أنّ الفلوس تتعين بتعيين المتعاقدين عندهما، وتبطل ثمنِيَّتها

---

(١) وفي إحدى الروايتين عن أبي حنيفة، رواها عنه الحسن: أنه لا يجوز السلم في بيض النعام؛ لأنه تتفاوت آحاده في المالية. ينظر: المبسوط (١٢/ ١٣٦).

(٢) ينظر: الأصل (٢/ ٣٧٥)، خزانة الفقه (١/ ١٧٨)، مختصر القدوري (١/ ٨٨)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤٢٢)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٥٣).

(٣) جاء في تحفة الفقهاء، (٢/ ١٦) :« وعلى هذا السّلم فِي الْأَعْـداد المتقاربة، مثل الْجَوْز وَالْبيض، ونحْوهما، جائز كَيْلا ووزنا وعددا، في قول علمائنا الثَّلَاثة، وقال زفر: يجوز كيْلا ووزنا ولا يجوز عددا ».

(٤) ينظر: الأصل (٢/ ٣٧٥).

(٥) وهو ظاهر الرواية إذا كان عددًا؛ لأنه وصف الثمنية، بطل باصطلاح المتعاقدين عندهما. ينظر: تحفة الفقهاء (٢/ ١٦)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٢٥٤).

(٦) ينظر: المبسوط (١١/ ١٦٠)، تحفة الفقهاء (٢/ ١١)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤٢٢) بدائع الصنائع (٥/ ٢١٢، ٢٣٧).

خلافًا، والمسألة مستقصاه في الخلاف(١).

فالحاصل: أنه إذا باع فلسًا بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما، لا يجوز بالإجماع، وكذا إذا باع فلسًا، بغير عينه بفلسين بأعيانهما، وإن باع فلسًا بعينه بأعيانهما، فعلى الخلاف.

ولا [بأس](٢) بالسلم في الإلية والشحم؛ لأنَّ ذلك يضبط بالوصف(٣)؛ لأن بعد بيان الجنس والنوع والوصف في العدد، لا يبقى تفاوت يفضي إلى المنازعة(٤).

ولا بأس بالسلم في السمك المالح، وزنًا معلومًا وضربًا معلومًا؛ لأنه يضبط بالوصف، وإن أسلم فيه عدد، لا يجوز لما يبقي بينه من التفاوت(٥).

ولو أسلم في السمك الطري، وزنًا معلومًا، وضربًا معلومًا، لا يجوز؛ لأنه ينقطع، والسلم في المنقطع، لا يجوز(٦). وإن أسلم في وقت لا ينقطع، وزنًا معلومًا، وضربًا معلومًا، جاز(٧).

ولا خير في السلم في اللحم، عند أبي حنيفة، وإن بين موضعًا معلومًا، لما لا يبقى بينهما من التفاوت في العظم بعد بيان النوع والجنس والوصف والقدر وفي

(١) ينظر: مختلف الرواية لأبي الليث (٣/ ١٤٧٥).
(٢) الزيادة من كتاب الأصل (٢/ ٣٧٦).
(٣) من الضوابط الفقهية عند الحنفية: (أن كل ما أمكن ضبط صفته، ومعرفة مقداره، جاز السلم فيه، وما لا يمكن ضبط صفته، ولا يعرف مقداره، لا يجوز السلم فيه). ينظر: الهداية شرح البداية (٣/ ٧٦)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٣٤)، البناية شرح الهداية (٨/ ٣٧٢).
(٤) حكى العيني الإجماع في المسألة. ينظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٣٤١).
(٥) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٢٤)، خزانة الفقه (١/ ١٧٩)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤٢٢)، خلاصة الدلائل (١/ ٣٧٩).
(٦) ينظر: الأصل (٢/ ٣٧٥)، مختصر القدوري (١/ ٨٨)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٢٢)، بدائع الصنائع (٥/ ٢١٠).
(٧) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٢٤).

مخلع العظم عنه: روايتان، وعند صاحبيه: يجوز/ إذا بين موضعًا خاصًا من الشاة[١]. (١٨٩/أ)

ولا خير في السلم في الخبز، عند أبي حنيفة، ومحمد، لما يبقى من التفاوت الفاحش، لاختلاف العجن والطبخ، والتفاوت غير ذلك، وعند أبي يوسف: يجوز والفتوى على قوله لعموم البلوى[٢].

واستقراض الخبز عددًا[٣] ووزنًا، لا يجوز عند أبي حنيفة؛ لأنه غير مثلي، ويجوز عند أبي يوسف، وزنًا، ولا يجوز عددًا، وعند محمد: يجوز عددًا لتعامل الناس به، ولا يجوز وزنًا[٤].

[أحكام السلم فيما يستصنع]

ويجوز السلم في الطشت[٥] والقُمْقُم[٦]، ويجوز ذلك إذا كان يُتعرف تعرفًا[٧] لا يبقي تفاوتًا بعد بيان النوع والجنس والوصف، والقدر يفضي إلى المنازعة؛ لأنه بيع دين، والدين يعرف بالوصف، فما يتعرف بالوصف، يجوز السلم فيه وما لا فلا[٨].

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٢٤)، خزانة الفقه (١/ ١٧٩)، عيون المسائل للسمرقندي (١/ ١٥٧٧)، مختصر القدوري (١/ ٨٨).

(٢) ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٥٥)، المحيط البرهاني (٢/ ٨٢)، تبيين الحقائق (٤/ ٩٥).

(٣) جاء في بدائع الصنائع (٥/ ٢١١): «السَّلَم في الخبز عددًا لا يجوز بالإجماع؛ لتفاوتٍ فاحشٍ بين خبزٍ وخبزٍ في الصِّغر والكبر».

(٤) ينظر: مختصر القدوري (١/ ٨٩)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٢٢)، بدائع الصنائع (٥/ ٢١١)، المحيط البرهاني (٧/ ١٢٥).

(٥) الطشت: إناء، وهي أعجمية. ينظر: المغرب (١/ ٢٩٠).

(٦) القُمقُم: بضم القافين وسكون الميم، لفظ معرب جمع قماقم، وهو ما يسخن فيه الماء من نحاس، أو فضة، ويكون ضيق الرأس. ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٧٦٠)، معجم لغة الفقهاء (١/ ٣٧٠).

(٧) أي: بالوصف.

(٨) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٢٤)، خزانة الفقه (١/ ١٧٩)، مختصر القدوري (١/ ٨٩)، =

وإن استصنع شيئًا من ذلك بغير أجل، جاز استحسانًا بإجماع الناس[1]، وأنه بيع عند عامة المشايخ، وعند البعض: وعد.

والصحيح قول العامة؛ لأنه ذكر فيه القياس والاستحسان، وفَصَلَ فيما يجري فيه التعامل وفيما لا يجري، وأثبت الخيار للمستصنع، وهذه الأمور تتأتى في العقد دون الوعد.

والمستصنع بالخيار إذا رآه؛ لأنه اشترى ما لم يره[2]، ولا خيار للصانع في قول أبي يوسف الأول، وقال أخيرًا: لا خيار لواحد منهما، وقيل: لكل واحد منهما الخيار. والصحيح: أن الخيار للمستصنع، دون الصانع؛ لما بينا.

ولو استصنع فيما لا تعامل فيه؛ كالثياب، بأن أمر الحائكَ: أن يحوك له ثوبًا من غزل الحائك، بصفة معلومة، لا يجوز؛ لأن المجوز هو التعامل، ولم يوجد[3].

ولو ضرب أجلاً فيما يجري فيه التعامل، صار سلمًا، حتى لا يجوز الاشتراط، ولا يثبت فيه الخيار؛ كالسلم، وعند صاحبيه: يبقى استصناعًا، ولو ضرب الأجل فيما لا تعامل فيه، يصير سلمًا[4].

= شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٢٣).

(١) نقل الإجماع على ذلك الإمام أحمد النفراوي من فقهاء المالكية في كتابه (الفواكه الدواني) (١/ ١٤٦) حيث قال: «عقد الاستصناع فهو في الأصل أيضًا بيع معدوم، لا يجوز، وإنما جوِّز بالإجماع استحسانًا؛ لحاجة العامة إليه».

(٢) ينظر: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (١/ ٢٦)، تحفة الفقهاء (٢/ ٣٦٣)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٢٣) بدائع الصنائع (٥/ ٢).

(٣) من القواعد الأصولية: (ما ثبت على خلاف القياس، فغيره لا يقاس عليه). وهي من المسائل الأصولية الخلافية. ينظر: أصول السرخسي (٢/ ١٥٠)، كشف الأسرار (٣/ ٣٩٨)، الإبهاج في شرح المنهاج (٣/ ١٠٠)، ترتيب اللآلي (٢/ ١٠٣٠)، شرح القواعد الفقهية، للزرقا (١/ ١٥٢).

(٤) ينظر: الهداية شرح البداية (٣/ ٧٧)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٣٤، ٣٩)، البناية شرح =

[العقد إذا كان بشرط الكيل والوزن]

ولو أسلم عشرة دراهم في كُرِّ حِنْطَةٍ، فلما حلَّ الأجل، اشترى الْمُسْلَمُ إليه كُرًّا مثله، وأمر رب السَّلَم أن يقبضه قضاءً، لم يكن قضاء[1]؛ لنهي النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «عن بيع الطعام، حتى يجري فيه الصاعان»[2].

فإن قيل: بيع الْمُسْلَمِ إليه سابق على هذا، فلم يكن بائعًا هذا الْكُرَّ حتى يشترط فيه جريان الصاعين.

قلنا: هو بائعٌ من وجه؛ لأنه باع أولاً الْكُرّ الموصوف في الذمة، وأنه دين، والآن يسلم العين، والعين غير الدين، فصار بائعًا العين بذلك الدين، لكن هذا العين جعل عين حقه حكمًا، لكيلا يقع الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض؛ لأنه حرام[3]، فصار بائعًا من وجه، موفيًا من وجه، فمن حيث إنه بيع اشترط فيه الكيلان: كيل البائع وكيْل المشتري، حتى إنه لو قال لرَبِّ السَّلَمِ: اقبضه لي أولاً، وكِله ثم اقبضه لنفسك، وكِله / ففعل، جاز لوجود شرط الجواز. (١٨٩/ب)

[كيل البائع في أواني المشتري]

ولو أسلم في كُرِّ حِنطة، فلما حلَّ الأجل، أمر الْمُسْلَم إليه بأن يكيل الكر المسلم في غَرَائِرِ[4] رَبِّ السَّلَمِ، ففعل حال غيبته، لم يصِر قابضًا؛ لأن أمره

= الهداية (١٠/ ٢٩٦).

(١) أي: فلا بدَّ من الكيلين مرتين، مرة للمسلم إليه ومرة لنفسه. ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٢٥)، المبسوط (١٢/ ١٦٦)، شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤٢٣)، الهداية شرح البداية (٣/ ٧٤)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٦٢).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) وجه ذلك: لأنَّ الْمُسلَم فيه مبيعٌ منقولٌ، وبيعُ الْمَبيع المنْقول قبل الْقبض، لا يجوز ينظر المسألة في: المبسوط (٢٠/ ٢٥)، تحفة الفقهاء (٢/ ٧١)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٣)، المحيط البرهاني (٦/ ٣٢٠).

(٤) الغرائر- بكسر الغين-: وعاء، أو كيس كبير، من الصوف، أو الشعر، لنقل التبن، وما أشبه ذلك. ينظر: لسان العرب (٥/ ١٨)، تاج العروس (١٣/ ٢٦٦).

بالكيل لم يتناول ملكه؛ لأن ملكه في كر دين في الذمة، وهذا عين، وأنه غيره، فلم يصح أمره، فلم يصر الْمُسْلَم إليه نائبًا عنه في الكيْل، وإمساك الغرائر، فلم يصر قابضًا، وإن كاله حال حضرته صار قابضًا بالتَّخْلي، لما مرّ[١].

[حكم قبض المبيع بإذن البائع]

ولو اشترى كُرًّا عينًا بألف درهم، وأمر البائع بأن يكيله في غرائر المشتري، ففعل حال غيبته، صار قابضًا؛ لأن أمره يتناول ملكه؛ لأن المبيع كرّ عين، فصح أمره، فصار البائع نائبه في الكيْل، وإمساك الغرائر، وصار فعلُه فعله[٢].

ولو استعار من البائع الجوالق؛ بأن قال: أعرني جوالقات، وكِل فيها، ففعل حال غيبه، لا يصير قابضًا عند محمد[٣]؛ لأن العارية لا تصح بدون القبض، والقبض لم يوجد. وقال أبو يوسف: إن عيَّن الجوالقات، صار قابضًا؛ وإلا فلا[٤]؛ لأنَّ القبض لا يعتبر في هذا؛ لأنه وإن قبض ينتقض قبضه بالرد إليه، فاعتبر التعيين.

وإن أمر الْمُسْلَم إليه بأن يطحن له الْكُرّ المسلم، ففعل حال غيبته، لم يصر قابضًا، لما مرَّ: أنَّ أمره لم يتناول ملكه.

---

(١) ينظر: شرح الجامع الصغير، للصدر الشهيد (١/ ٤٢٣)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٢٦٤)، الهداية شرح البداية (٣/ ٧٥).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٢٥)، المبسوط (١٢/ ١٦٨)، شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٢٦٤).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٢٥)، الهداية شرح البداية (٣/ ٧٥)، المحيط البرهاني (٦/ ٢٩٠).

(٤) أي: فإن كان المشتري حاضرًا، فهو قبض، وإن كان غائبًا، لم يكن قبضًا. ينظر: المحيط البرهاني (٦/ ٢٨٩).

ولو قبض الدقيق، صار مستبدلاً بالمسلم فيه قبل قبضه، وأنه لا يجوز، ولو اشترى كرًا عينًا وأمر البائع بأن يطحنه له ففعل، صار قابضًا؛ لأن أمره تناول ملكه فصح[١].

ولو كان له على آخر ألف درهم، فدفع إليه الكيس[٢]، وأمره أن يزنها فيه، ففعل، وهو غائب، لم يصر قابضًا؛ لأن أمره ما تناول ملكه، فلم يصح[٣].

ولو أمر بائع الكرّ، بأن يكيله في جانب بيته، ففعل وهو غائب، لم يصر قابضًا عند محمد؛ لأن ذلك الموضع المعين ليس في يد المشتري[٤].

ولو اشترى من رجلٍ كرًا معينًا، وكان له على البائع كر دين[٥]، فأمر البائع أن يكيلهما في غرائر المشتري، فعند محمد: إن كال العين أولا صار قابضًا لهما[٦]؛ لأن أمره تناول ملكه فصح، فصار نائبه في الكيل وإمساك الغرائر، فإذا كال الدين بعد ذلك، فقد خلطه بملك المشتري، فصار قابضًا باختلاطه في ملكه، واتصاله إلى ملكه بأمره، فإن من استقرض من رجل كر حنطة وأمره أن يزرعها في أرض المستقرض ففعل، صار قابضًا باتصاله إلى ملكه، فكذا هذا[٧].

---

(١) ذلك لأنه تناول عينا مملوكة للبائع. ينظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٣٦١).

(٢) أي: فدفع الدائن المديون.

(٣) ينظر: المبسوط (١٢/ ١٦٧)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٤٧)، الهداية شرح البداية (٣/ ٧٥)، العناية شرح الهداية (٧/ ١٠٦).

(٤) ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٦٤)، الهداية شرح البداية (٣/ ٧٥).

(٥) صورة المسألة: "اشترى كرًا معينًا، وله على البائع كر آخر دين، وهو المسلم فيه، والغرائر للمشتري".

(٦) أي: صار قابضًا للكيل والعين والدين. ينظر:شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٦٦).

(٧) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٤٧)، العناية شرح الهداية (٧/ ١٠٦)، البناية شرح الهداية (٨/ ٣٦٢)، البحر الرائق (٦/ ١٨٢).

وذكر في كتاب (الصرف)[١]: إذا دفع دينارًا إلى صائغ، ليصوغ له خاتمًا ويزيد من عندِه نصف دينار، ففعل، جاز وصار مقرضًا النصف، ومسلمًا بخلطه في ملكه، كذا هذا.

وإن كال الكر الدين أو لا، لم يصر قابضًا؛ لأن أمره لم يتناول ملكه، فإذا كال الكر العين بعد ذلك، فقد خلط ملك المشتري بملك نفسه، فصار مستهلكًا / للمبيع قبل التسليم، فينفسخ البيع عند أبي حنيفة، وعندهما، يصيران شريكين. (١٩٠/أ)

وعن أبي يوسف: أنه كيف ما كال، يصير قابضًا لكرين؛ لأنه كيف ما كال فقد خلط العين بالدين، والخلط سبب الملك في الجملة، فيصير قابضًا به[٢].

[حكم هلاك المبيع في الإقالة]

ولو أسلم جارية في كُر حِنطة وسلمها إليه ثم تقايلا، صحَّت الإقالة لقيام محلها وهو المسلم فيه، فإن ماتت في يده[٣]، رد قيمتها يوم قبضها؛ لأن الإقالة صحت، وعجز عن رد الجارية، فيجب برد قيمتها[٤]، وإن تقايلا بعد موت الجارية، فكذلك[٥]؛ لأنَّ محلَّ الإقالة قائمٌ وهو المسلم فيه فصحت الإقالة، فانفسخ السلم في المسلم فيه، فتنفسخ في الجارية ضرورة، فيجب ردها وهو عاجز عنه فيجب رد قيمتها[٦].

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٢٦).
(٢) ينظر: المبسوط (١٢/ ١٦٨)، الهداية شرح البداية (٣/ ٧٥)، مجمع الأنهر (٢/ ١٠٤).
(٣) أي: الجارية في يد المسلم إليه.
(٤) من القواعد الفقهية: (عند تعذر رد الْعين، رد الْقيمة). ينظر: المبسوط (١٢/ ٢٠١)، المحيط البرهاني (٥/ ٥١٧)، ترتيب اللآلي (١/ ٣٧٥)، قواعد الفقه محمد عميم الإحسان (١/ ٩٣).
(٥) أي: جاز.
(٦) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٢٦)، مختصر الطحاوي (١/ ٨٨)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٢٤)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٦٦).

[اشترى جارية بألف درهم، ثم تقايلا، فماتت في يد المشتري]

ولو اشترى جارية بألف درهم، فقبضها ثم تقايلا، صحت الإقالة لقيام المبيع وهي الجارية، فإذا ماتت الجارية قبل الرد، بطلت الإقالة؛ لفوات محلها؛ لأن محلها المبيع وهي الجارية، وأنها هالكة، فالإقالة لا تبقى في غير محلها، كما لا تصح إلا في محلها، لما مرَّ[١]، ولو تقايلا بعد موت الجارية، لا يصح[٢]، لما مر، بخلاف السلم.

[استبدال رأس مال السلم والمسلم فيه في مجلس العقد]

ولو أسلم عشرة دراهم في كُر حِنطة ثم تقايلا، ليس لرب السلم أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئًا؛ لما مرَّ: أن الاستبدال برأس المال بعد الإقالة، لا يصح عندنا، خلافًا لزفر[٣].

رجل باع دينارًا بعشرة دراهم وسلم الدينار إليه، ولم يقبض العشرة، حتى اشترى من مشتري الدينار ثوبًا بعشرة، فالبيع في الثوب، فاسد؛ لما مرَّ: أن الاستبدال ببدل الصرف حال قيام العقد، لا يجوز؛ لأنه يُفوِّت شرط جوازه وهو القبض المعين[٤].

[تعيين أحد العوضين في الصرف]

رجل لآخر عليه عشرة دراهم، فباع من غريمه دينارًا بعشرة دراهم مطلقًا غير مضاف إلى الدين الذي عليه وسلم الدينار إليه، لم تقع به المقاصة؛ لما مرَّ: أن الواجب بعقد الصرف قبض معين، ولو رفعت المقاصة لفات القبض

---

(١) تقدم.

(٢) لأن محل العقد الجارية، فإذا ماتت، لم يبق محلًا للعقد، فلا يصح الفسخ ابتداء وبقاءً. شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٢٤).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٢٧)، تحفة الفقهاء (٢/ ١٨)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٢٥).

(٤) ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٨٥)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٢٥)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٦٨).

المعين، وأنه لا يجوز، ولو تقاصا، صح عندنا، خلافًا لزفر؛ لأنهما لما أقدما على المقاصة ولا صحة لها بدون انفساخ العقد الأول، وإضافة العقد إلى الدراهم التي في ذمته، فيثبت ذلك مقتضاه سابقًا تصحيحًا لتصرفهما، لكن زُفر لا يقول: بالمقتضى[١]، ولهذا لا يصححه[٢].

ولو باع من غريمة دينارًا بالعشرة التي عليه، وسلم الدينار إليه جاز[٣]، لأنَّ الواجب ههنا دين يسقط بالعقد لا دين يجب تعيينه بالقبض؛ لما مرَّ أنه إنما وجب قبض أحد بدلي الصرف في المجلس لتعيينه، لكيلا يقع الافتراق عن دين بدين، ووجب البدل للآخر فيه، تسوية بين البدلين / في عقد يقتضيها احترازًا عن ربا النَّساء، بأن للمقبوض فضلاً على غير المقبوض في المالية، ولا ربا في دين يسقط بالعقد، وإنما الربا في دين فيه خطر العاقبة، ولا خطر في دين يسقط بالعقد. (١٩٠/ب)

[المقاصة في الدين]

ولو باع دينارًا بعشرة دراهم، وسلم الدينار إليه، ولم يقبض العشرة، حتى اشترى من مشتري الدينار ثوبًا بعشرة، لم تقع به المقاصة؛ لما مرَّ أن الاستبدال ببدل الصرف قبل القبض، لا يجوز.

ولو تقاصا في رواية: لا يصح، وفي رواية: يصح، وهو الأصح؛ لما قلنا[٤].

والله أعلم بالصواب.

---

(١) وهي مسألة أصولية خلافية عند الحنفية سبق ذكرها في كتاب الأيمان ص(١٣١).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٢٧)، مختصر الطحاوي (١/ ٧٨)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٢٥)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٦٨).

(٣) ينظر: مختصر القدوري (١/ ٩٠).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٢٧)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٦٩)، العناية شرح الهداية (٧/ ١٣٩، ١٤٩)، الجوهرة النيرة (١/ ٢٢٢).

مَا يجوز بيعُه ومَا لا يجوزُ

الأصل فيه: وهو أنَّ البيع لفظًا يتنوع إلى صحيح، وباطل:

[أنواع البيوع من حيث الصحة وعدمها]

فالصحيح: هوالذي وجد بركنه وشرائطه واعتبر لحكمه الأصلي. والباطل هو: الذي لم يستجمع بركنه وشرائط وجوده شرعًا؛ لأنَّ وجودَه شرعًا يتعلق بصدور ركنه من أهله مضافًا إلى محله القابل لحكمه وله ولايةٌ، فإذا اختلَّ شيء من هذه الأشياء لا يوجد شرعًا، فيكون باطلاً؛ لأنَّ الباطلَ في اللغة: هو الفائت معناه من كل وجه[١].

ولهذا بيع الصبي الذي لا يعقل والمجنون، باطلٌ؛ لعدم الأهلية، وبيع البالغ العاقل الحر، أو الميتة، باطلٌ؛ لعدم المحلية[٢].

والصحيح يتنوع إلى: جائز، وفاسد، وموقوف:

فالجائز: هو الذي وجد بركنه وشرائط جوازه معتبرًا لحكمه الأصلي، مع وقوع الأمن عن لحوق اللوم به.

والموقوف: هو الذي وجد بركنه وشرائطه، لكن جهل حكمه لعارض، فإذا زال العارضُ، يظهر لنا ثبوت حكمه من حين باع، إما من كل وجه أو من وجه، دون وجه.[٣]

---

(١) ينظر: الصحاح (٤/ ١٦٣٥)، أنيس الفقهاء (١/ ٧٥)، مجلة الأحكام العدلية (المادة: ١٠٨).

(٢) ينظر: خزانة الفقه (١/ ١٦٧)، بدائع الصنائع (٥/ ١٤٠)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٢٣)، التعريفات (١/ ٧٥)، مجلة الأحكام العدلية (المادة: ٢١٠).

(٣) البيع الموقوف: هو أن يبِيعَ أحدٍ متاعَ أَحدٍ، بغَير إذنه، فان ذلك البيع مَوْقُوفٌ على إجازة صاحبه، فان أجازه جاز، وإن فسخه انْفسخ. ينظر: النتف في الفتاوى (١/ ٤٤١)، مجلة الاحكام العدلية (المادة: ١١١).

والفاسد: هو الذي وجد بركنه وشرائطه، لكن اتَّصل به أمر غير مشروع[١]؛ فسمي فاسدًا، لا لأنَّ ذاتَه فاسدةٌ، لكن اتصل بها أمرٌ فاسدٌ، وهو أمر غير مشروع كالثوب الطاهر يسمى نجسًا لاتصال النجس به؛ لا أن ذاته نجسة، وذلك المتصل به قد يكون عدم الرضى من المتعاقدين، أو أحدهما، وقد يكون عدم الملك؛ لأنَّ الولاية على المحل تثبت بالملك، وقد يكون جهالة المبيع أو ثمنه جهالةً مفضيةً إلى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم، وقد يكون غرر[٢] انفساخ العقد بهلاك المعقود عليه قبل القبض[٣]، وقد يكون كونه معجوز التسليم حقيقة أو حكما[٤]، وقد يكون شرطًا لا يلائم العقد ولا يقتضيه، لأنَّ واحدًا من هذه الأمور يخل بشرط جوازه.

والباطل / لا حكم له أصلاً؛ لأنه غيرُ موجودٍ شرعًا، والمعدومُ شرعًا لا يفيد الحكم[٥]، سواء اتَّصل به القبض، أم لا. (١٩١/أ)

والفاسد: لا يفيد الحكم، وهو الملك قبل القبض[٦]؛ لأنه لو أفاد وجب على البائع تسليمه إذا طلبه، وأنه يؤدي إلى التناقض في الشرع؛ لأنه وجب عليه رفعه

---

(١) ينظر: مجلة الأحكام العدلية (المادة: ١٠٩).

(٢) الغرر: ما يكون مجهول العاقبة، لا يدرى أيكون أم لا. ينظر: الصحاح (٢/ ٧٦٨)، التعريفات (١/ ٤٨).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٩٣) (٥/ ١٨١)، الهداية شرح البداية (٣/ ٥٩)، اللباب في شرح الكتاب (٢/ ٣٥).

(٤) ينظر: خزانة الفقه (١/ ١٦٨)، بدائع الصنائع (٤/ ١٨٧)، المحيط البرهاني (٦/ ٣٤٤)، البحر الرائق (٥/ ٢٨٠).

(٥) من القواعد الأصولية: (المعدومَ شرعًا؛ كالمعدوم حسًّا). المعنى: أنَّ الْمعدومَ لا يترَتّب عليْه أثره. ينظر: حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، للعطار الشافعي (١/ ١٤٠)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة (٢/ ٨٦٨).

(٦) ينظر:بدائع الصنائع (٢/ ٧١).

ونقضه، دفعًا للفساد حقًّا للشرع فيؤدي إلى أن يكون الفعلُ الواحدُ واجبًا وغيرَ واجبٍ[١]؛ ويفيد الملك بعد القبض؛ لأنه بيعٌ صحيحٌ، لكنه إنما امتنع ثبوت الملك قبل القبض بإفضائه إلى المناقضة في الشريعة ولا مناقضة بعد القبض، فيفيد الملك بمثله إن كان مثليًّا وبقيمته إن لم يكن مثليًّا[٢].

ولا يحل له التصرفُ فيه أكلاً، ولا شربًا، ولا وطئًا، ولا بيعًا، ولا هبةً، ونحو ذلك؛ لأنه ملكٌ فاسدٌ واجبُ النقضِ، وفي هذه التصرُّفات تقريره.

وقيل: يحل له ذلك لوجود المطلق وهو الملك، فإذا تصرف مع ذلك بأن باع أو وهب أو أعتق أو دبّر أو كاتب، امتنع الفسخ لتعلق حق ثالث به، إلا الإجارة؛ فإنها لا تمنع الفسخ؛ لأنها تفسخ بأعذار، وهذا عذر.

فإذا عرف هذا نقول:

[حكم بيع الكلا]

قال: لا يجوز بيع المراعي وإجارتها[٣]؛ لأنها باقية على الإباحة الأصلية[٤]، لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: فِي الْمَاءِ وَالْكَلَأِ وَالنَّارِ»[٥]. فلا

(١) من المسائل الأصولية: (مسألةُ استحالَةِ الْجمعِ بين الْحظْرِ والْوجوب في فعلٍ واحد). وهي من المسائل الخلافية المشهورة في كتب الأصول. ينظر: الإحكام في أصول الأحكام (١/ ١١٥)، كشف الأسرار (١/ ٢٨٠)، التحبير شرح التحرير (٢/ ٩٥٢).

(٢) ينظر: الفروق للكرابيسي (١/ ١٥٧)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٦٣)، العناية شرح البداية (٦/ ٤٦٠).

(٣) المراد هنا: الكلأ دون رقبة الأرض.

(٤) من القواعد الأصولية: (الأصل في الأشياء الإباحة، حتى يقومَ دلالة الحظر). ينظر: الفصول في الأصول (٤/ ٨٦)، أصول السرخسي (٢/ ٢٠).

(٥) بهذا اللفظ أخرجه الحارث في مسنده، كتاب البيوع، باب: الناس شركاء في ثلاث (١/ ٥٠٨ ح٤٤٩). و أخرجه أبو داود، كتاب الإجارة، باب: في منع الماء (٣/ ٢٨٧ ح٣٤٧٧)، بلفظ: (المسلمون شركاء في ثلاث. . .). قال عنه الألباني في مشكاة المصابيح (٢/ ٩٠٤)، صحيح. وأخرجه ابن ماجه، كتاب الرهون، باب: المسلمون شركاء في ثلاث (٢/ ٨٢٦ =

يكون محلاً للبيع[١]؛ لأنَّ محل البيع مالٌ متقوم، والتقومُ يثبت بالإحراز، ولم يوجد، حتى إنه لو أحرزه، جاز بيعه لوجود المحل، ولأن الملك لا يثبت في المباح قبل الإحراز، فلا يجوز بيعه لفقد شرط جوازه، وهي الولاية؛ لأن الولاية تثبت بالملك أو بإذن المالك، وإنما لم يجز إجارتها؛ لأنه إجارة لاستهلاك الأعيان التي لم تملك، والإجارة لاستهلاك العين المملوكة، لا تجوز؛ كإجارة البقرة لشرب لبنها[٢]، فالإجارة على استهلاك عين غير مملوكة أولى.

[حكم بيع معجوز التسليم]

ولا يجوز بيع السمك في حظيرة[٣]، لا يمكنه الخروج منها، إذا لم يمكن أخذه إلا بضرب حيلة؛ لأنه معجوز التسليم حقيقة، وإن كان يمكن أخذه بغير صيد، جاز، لكونه مقدور التسليم، هذا إذا كان مملوكاً بأن صاده وألقاه في الحظيرة، وإن لم يكن مملوكا، بأن اجتمع فيها بنفسه، لا يجوز؛ لأنه باق على الإباحة الأصلية[٤].

= ح٢٤٧٢)، من طريق عبدالله بن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا. قال عنه في مصباح الزجاجة (٣/ ٨٠): (ضعيف). وأخرجه ابن ماجه بنفس الموطن بلفظ آخر: ثلاث لا يعن الماء...»، من طريق أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. قال عنه البوصيري: هذا اسناد صحيح رجاله موثقون. ينظر: مصباح الزجاجة (٣/ ٨١).

(١) قال الطحاوي رَحِمَهُ اللَّهُ في مختصر اختلاف العلماء (٣/ ١٣٩): «قال أصْحابنا: لا يجوز بيع المراعي ولا إِجارتهَا ولا يملك الْكلأ صاحب الأَرْض حتَّى يأخذة فيحرزة».

(٢) ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ١٢٧)، البناية شرح الهداية (١٠/ ٢٨٩)، درر الحكام (٢/ ٢٣٢)، البحر الرائق (٨/ ٢٤).

(٣) الحظيرة: ما يمنع الحيوان ونحوه من الاطلاق. ينظر: مختار الصحاح (١/ ٧٦).

(٤) ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٨٢)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٢٦)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٧٢).

ولهذا لا يجوز بيع صيد انكسر في أرض رجل قبل أخذه، وكذا بيض صيد باضت في أرض رجل، وكذا فرخه إذا فرخ في أرض رجل قبل أخذه؛ لأنه باق على الإباحة الأصلية، فلا يملك إلا بالأخذ[١].

وبيع الحمام جائز، إذا كان معلوم العدد ومقدور التسليم، ولا يجوز إذا كان مجهول العدد أو معلومًا / ، غير مقدور التسليم، لفقد شرط جوازه[٢]. (١٩١/ب)

ولا يجوز بيع الآبق؛ لنهي النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ[٣] ولأنه معجوز التسليم حقيقة[٤].

[حكم بيع النحل]

ولا يجوز بيع النحل عند أبي حنيفة، وأبي يوسف[٥]، وعند محمد، والشافعي[٦]، يجوز، إذا كان مجموعاً محرزاً، لأنه منتفع به حقيقة وشرعاً، فصار مالاً متقوماً، فيصير محلاً للبيع.

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٦٧).

(٢) ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٧٤).

(٣) الأصل فيه: حديث أبي سعيد الخُدْرِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قال: « نهى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ شِرَاءِ مَا فِي بُطُونِ الْأَنْعَامِ حَتَّى تَضَعَ، وَعَمَّا فِي ضُرُوعِهَا إِلَّا بِكَيْلٍ، وَعَنْ شِرَاءِ الْعَبْدِ وَهُوَ آبِقٌ...». أخرجه ابن ماجه، كتاب البيوع، باب: النهي عن شراء ما في بطون الأنعام (٢/ ٧٤٠ ح٢١٩٦). والحديث ضعفه ابن القطان في كتابه بيان الوهم والإيهام (٢/ ٤٤٧). وكذا الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١٥).

(٤) قال الطحاوي رَحِمَهُ اللَّهُ في مختصر اختلاف العلماء (٣/ ٨٨): «قال أصحابنا: لا يجوز بيع العبد الآبق، إلَّا أن يدعِي مُشْترِيه معرفته».

(٥) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٢٨)، عيون المسائل (١/ ١٣٨)، مختصر القدوري (١/ ٨٩)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٢٦)، بدائع الصنائع (٥/ ١٤٤) .

(٦) قال النووي في المجموع (٩/ ٣٢١): «قال أصحابنا بيع النحل في الجملة جائز؛ لأنه حيوان طاهر منتفع به». وينظر: المهذب (٢/ ١٨)، البيان (٥/ ١٠٠)، تحفة المحتاج (٤/ ٢٤٢)، مغني المحتاج (٢/ ٣٤٤).

ولنا: أنه غير منتفع به في ذاته، وإنما ينتفع بما يخرج منه، وهو العسل، وأنه معدوم في الحال، فلا يكون مالاً، فلا يكون محلاً للبيع، حتى إنه لو كان في كؤارتها[١] عسل، فباع الكوارات مع ما فيها من العسل والنحل، جاز.

هكذا ذكره الكرخي في مختصره، ولأن النحل يدخل تبعاً للعسل في البيع، والعسل مال متقوم[٢].

[بيع دود القز]

ولا يجوز بيع دود القز[٣] عند أبي حنيفه، رحمة الله عليه. وعند أبي يوسف: يجوز مع القز؛ لأن القز مال متقوم، فيدخل في الدود فيه تبعاً، وعند محمد، يجوز[٤]؛ لأنه ينتفع به حقيقةً وشرعا، فكان مالًا[٥].

ولنا: أنه غير منتفع به في ذاته وإنما ينتفع بما يخرج منه وهو القز، وأنه معدوم في الحال فلا يكون مالاً، حتى إنه إذا كان مع القز، يجوز لما مر. وبيع بزر الدود، لا يجوز عند أبي حنفية، وعند صاحبيه: يجوز اعتباراً بالعرف والعادة.

ولنا: أن هذا عرف يخالف الإجماع؛ لأنه بيع ما ليس بمال، لا يجوز بالإجماع، والبزر، ليس بمال؛ لأنه غير منتفع به في ذاته.

---

(١) والْكُوَّارَةُ- بضم الكاف وفتحها مع تشديد الواو فيهما ومع تخفيفها في الأولى-الخليَّة- وحَكى أيضا كسر الكاف مع تخفيف الواو، وهي بيت يعمل للنحل من عيدان. ينظر: لسان العرب (٥/ ١٥٧)، المعجم الوسيط (٢/ ٨٠٤).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٤٤).

(٣) دُودُ القز: يَرْمِي بِالْخُيُوط الْحريريَّةِ منْ فَمِه وَيَنْسُجُهَا شَرَانِقَ. ينظر: حياة الحيوان (١/ ٤٧٥)، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (١/ ٥٦٥).

(٤) الفتوى على قول محمد. ينظر: عيون المسائل (١/ ١٣٨)، خزانة الفقه (١/ ١٧٠)، مختصر القدوري (١/ ٨٩)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٢٦)، بدائع الصنائع (٥/ ١٤٤).

(٥) الفتوي عند فقهاء الحنفية، على قول أبي يوسف، ومحمد، رَحِمَهُمَاٱللَّهُ. ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٤٤)، الهداية شرح البداية (٣/ ٤٥).

[بيع لبن المرأة في القدح]

وبيع لبن امرأة في قدح، لا يجوز عندنا، والحرة والأمة في ذلك على السواء في ظاهر الرواية[١].

وعن أبي يوسف: أنه يجوز بيع لبن الأمة، دون الحرة[٢]. وعند الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يجوز في الفصلين[٣]؛ لأنه ينتفع به حقيقة وشرعًا، ولأنه مطلق الانتفاع به في تغذية الصبيان وتربيتهم، فكان مالًا متقومًا، فيجوز بيعه؛ كلبن البقر[٤].

ولنا: أنه تبع للآدمي وجودًا وغرضًا، أما وجودًا؛ فلأن البيع وجودًا: ما لا وجود له بدون الأصل، وللأصل وجود بدونه، واللبن بهذه المثابة.

وأما غرضًا؛ فلأن الغرض المطلوب من الآدمية يوجد بدون اللبن، ولا يوجد من اللبن بدونها، فكان بيعًا غرضًا، فإذا كان تبعًا للآدمية لا يصير مالاً؛ كسائر أتباعها من اليد والرجل فلا يصير محلاً للبيع، وإنما لم يجز بيع لبن الأمة، وإن كان بيع الأمة، جائزًا في ظاهر الرواية؛ لأن الأمة إنما صارت محلاً للملك باعتبار الرق، لأن محل البيع ما يقبل الملك، والآدمي لا يقبل الملك

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٢٨)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٢٧)، الهداية شرح البداية (٣/ ٤٦).

(٢) وجه قول أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لأنه يجوز إيراد العقد على نفسها، فكذا على جزئها. ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٤٥)، النهر الفائق (٣/ ٤٢٧).

(٣) وهو المذهب عند الشافعية. وحكي: أنه نجس، فلا يجوز بيعه. ينظر: الوسيط في المذهب، (٣/ ٢٠)، البيان (٥/ ٦١)، فتح العزيز بشرح الوجيز للرافعي (٨/ ١٢١)، المجموع (٩/ ٢٥٤)، مغنى المحتاج (٢/ ٣٤٣).

(٤) هذه المسألة شبيهة بمسألة حكم قيام بنوك الحليب البشري، وهي من القضايا الخلافية في وقتنا المعاصر. وانعقد مجلس مجمع الفقه المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي (قرار رقم ٦ (٦/ ٢) وقرر ما يلي: منع انشاء بنوك حليب الأمهات في العالم الإسلامي. ينظر: مجلة المجمع (العدد الثاني، ١/ ٣٨٣).

إلا بالرق والإرث في اللبن؛ لأن الرق والحرية من أوصاف الحي، ولا حياة في اللبن.

وفقه ما ذكرنا: أن الآدمي/ مكرم بالنص، وكرامته تنافي إهانته بابتذال أتباعه، وفي جعله محلاً للبيع ابتذال وإهانة، فيكون منتفيًا ضرورة النص. (١٩٢/أ)

قوله: (منتفع به حقيقة وشرعًا)، ممنوع.

وبيانه ما مر: أن في الانتفاع به إهانة للآدمية، وإنما رخصنا في تربية الصغار، وتغذيتهم به؛ لأن الإطلاق ثبت مع المنافي، والثابت مع المنافي ضروري، فيقدر بقدر الضرورة[١] في التغذية دون البيع[٢].

[حكم بيع والانتفاع بشعر الإنسان، والخنزير]

ولا يجوز بيع شعر الخنزير؛ لأنه نجس العين، وإنما أطلق للخرَّازين الانتفاع به ضرورة؛ لأنه لا يتأتى ذلك النوع من العمل إلا به، ولا ضرورة في حق البيع.

وإن وقع في الماء لا ينجسه عند محمد؛ لأن إطلاق الانتفاع به دليل طهارته، وعند أبي يوسف: نجس العين وإطلاق الانتفاع به للضرورة فيما نحن فيه[٣].

ولا يجوز بيع شعر الآدمي؛ لأنه جزؤه، فلا يكون محلاً للبيع؛ كسائر أجزائه؛ ولأنه محرم الانتفاع به[٤]، لقوله صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَعَنَ اللهُ الْوَاصِلَةَ وَالْمُسْتَوْصِلَةَ»[٥].

---

(١) من القواعد الفقهية الواردة بمعناها في كتب الفقه وقواعده: (قاعدة:الضرورات تبيح المحظورات). وكقولهم: (إذا ضاق الأمر اتسع). وقيل: (الضرورة تقدر بقدرها). وقد سبق توثيق القاعدة ص(١٧٨). (١/ ١٢٢)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/ ٢٧-٧٣)، شرح قواعد الفقه (١/ ١٦٣).

(٢) ينظر المسألة بتفصيلاتها في شرح فتح القدير (٦/ ٤٢٤).

(٣) ينظر: الجامع الصغير(١/ ٣٢٨)، عيون المسائل (١/ ١١)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٢٧)، بدائع الصنائع (٥/ ١٤٣)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٧٥).

(٤) ينظر :شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٧٥).

(٥) الحديث أخرجه البخاري، في الجامع، كتاب: اللباس، باب: الوصل في الشعر (٧/ ١٦٥=

وهي التي تصل شعرها بشعر غيرها[١]، ومحرم الانتفاع به لا يكون مالًا، فلا يكون محلاً للبيع، إنما ورد الإطلاق بوصل شعر الأنعام ووبرها بذوائب النساء وقرونهن للتزين. وعند الشافعي: شعر الآدمي، نجس؛ لأن حرمة الانتفاع به يدل عليه[٢].

ولنا: أن حرمة الانتفاع به لكرامته لا لنجاسته؛ لأنه خلق مكرمًا مُبتذلاً لا مهانًا مبتذَلاً، وأنه لا يدل على النجاسة.

[أثر الدباغة في تطهير الجلود]

وبيع جلد الميتة[٣]، لا يجوز[٤] لأنه محرم الانتفاع به؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تنتفعوا من الميتة بشيء»[٥]، فلا يكون مالًا، وإن دبغ، جاز؛ لأنه صار منتفعًا

= ح٥٩٣٤)، من حديث عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، وأخرجه الامام مسلم، كتاب اللباس والزينة، باب: تحريم فعل الواصلة والمستوصلة (٣/ ١٦٧٦ ح٢١٢٢)، من حديث أسماء بنت أبي بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، واللفظ لهما.

(١) ينظر: غريب الحديث، لابن الجوزي (٢/ ٤٧١)، النهاية في غريب الحديث (٥/ ١٩٢).

(٢) قال النووي في بيان مذهب الشافعي، في المجموع (١/ ٢٣٠): «فالذي صححه أكثر العراقيين نجاسته، والذي صححه جميع الخُراسانيين أو جماهيرهم، طهارته وهذا هو الصحيح، فقد صح عن الشافعي رجوعه عن تنجيس شعر الآدمي، فهو مذهبه، وما سواه ليس بمذهب له» وينظر: الأم(١/ ٧١)، الحاوي الكبير (٢/ ٢٥٦)، البيان (١/ ٧٥).

(٣) عرَّف الفقهاء الميتة: بأنها الميت من الحيوان البرِّيّ الذي له نفس سائلة، مأكولة اللحم أو غيره، مات حتف أنفه أو بذكاة غير شرعية؛ كمذكَّى المجوسي أو الكتابي لصنمه أو المحرم لصيد أو المرتد أو نحوه. ينظر: شرح مختصر خليل للخرشي (١/ ٨٨)، كشاف القناع عن متن الإقناع، للبهوتي (١/ ٥٤)، معجم لغة الفقهاء (١/ ٤٧٠).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٢٨)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٢٧)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٧٦).

(٥) الحديث أخرجه الترمذي، كتاب اللباس، باب: ما جاء في جلود الميتة إذا دبغت (٣/ ٢٧٤ ح١٧٢٩)، وقال: حديث حسن، وليس العمل على هذا الحديث عند أكثر أهل العلم؛ وأخرجه أبو داود، كتاب اللباس، باب: من روى أن لا ينتفع بإهاب الميتة (٤/ ٦٧ ح٤١٢٨)، وابن ماجه، كتاب اللباس، باب: من قال: لا ينتفع من الميتة بإهاب. والحديث: صححه=

به وصار مالاً، لما روي عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أنه مرَّ بشاة ميتة ملقاة لميمونة، فقال: هلا انتفعتم بإهابها؟، فَقِيلَ: إِنَّهَا مَيْتَةٌ فقال: «أَيُّمَا إِهَابٍ دُبِغَ، فَقَدْ طَهُرَ»[١].

أشار إلى أنه يطهر ويصير منتفعا به بالدبغ، إلا جلد الخنزير، فإنه لا يطهر بالدباغة في ظاهر الرواية، لأنه نجس العين. وعن أبي يوسف: أنه يطهر[٢].

وجلد الكلب يطهر بالدباغ عندنا[٣]، خلافا للشافعي[٤]، بناء على أنه نجس العين عنده، وعندنا ليس بنجس العين.

[طهارة ما انفصل من الحيوان]

ويجوز بيع عظمِ الميتة، وَعَصَبِها، وشعرِها، وظلْفِها وحافرِها، وعقبِها، ووبرِها، وصوفِها؛ لأن هذه الأشياء لا تنجس من الميتة عندنا، إلا الآدمي والخنزير[٥]، وعند الشافعي: ينجس[٦]، فلا يجوز بيعها؛ لأنها جزء من الميتة، فلا يجوز بيعه؛ كسائر أجزائها.

= الألباني في إرواء الغليل (١/ ٧٦).

(١) هذا الحديث بها السِّياق، لم أجده. قال ابن حجر في التلخيص الحبير (١/ ١٩٨): «هوَ مُلَفَّقٌ من حديثين». والحديث أخرجه البخاري، في الجامع ، كتاب الذبائح والصيد، باب: جلود الميتة قبل أن تدبغ (٧/ ٩٦ ح٥٥٣١)؛ ومسلم في صحيحه، كتاب الطهارة باب إذا دُبغ الإهاب فقد طهر (١/ ٢٧٧ ح٣٦٦)، من رِوَايَة ابْن عَبَّاس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٢٩)، مختصر القدوري (١/ ١٣)، المبسوط (٢٤/ ٢٣)، بدائع الصنائع (١/ ٨٥).

(٣) ينظر: عيون المسائل (١/ ١٢)، تحفة الفقهاء (١/ ٧١)، بدائع الصنائع (١/ ٨٥)، المحيط البرهاني (١/ ٤٧٤)

(٤) ينظر: الام (١/ ٢٢)، المهذب (١/ ٢٠٤)، تخريج الفروع على الأصول (١/ ٤٣)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (٢/ ١٢٩).

(٥) من الضوابط الفقهية عند الحنفية: (كل شيء لا يسري فيه الدم، لا ينجس بالموت)، كالشعر والريش والوبر والعظم، فيجوز بيعه والإنتفاع. ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٢٩)، مختصر القدوري (١/ ١٣)، بدائع الصنائع (٥/ ١٤٢)، تبيين الحقائق (٤/ ٥١).

(٦) قال النووي في المجموع (١/ ٢٣٦). في بيان مذهب الشافعي: «فمذهبنا: أن الشعر والصوف والوبر والعصب والعظم والقرن والسِّن والظِّلْف، نجسة، وفي الشعر خلاف ضعيف».

ولنا: أن بيع الميتة، إنما لا يجوز لنجاسته، ولا نجاسة في هذه الأشياء؛ لأن الموت ليس بمنجس، وإنما المتنجس امتزاج الدم النجس، وإنه وجد في حق اللحم والجلد دون هذه الأشياء؛ لأنه لا دم بهذه الأشياء، وقيل: هذه الأشياء لا توصف بالموت؛ لأن الموت/ إنما يحل الحي، ولا حياة لهذه الأشياء. (١٩٢/ب)

وما طهر جلده بالدباغ يطهر بالذكاة[١] سواء كان مؤكول اللحم أو غير مأكول، إلا الخنزير فإنه نجس العين. وعند الشافعي: لا يطهر، فلا يفيد الحكم الأصلي، وهو حل الأكل، فكذا الحكم الذي ليس بأصل وهو الطهارة[٢].

ولنا: أن الذكاة تشارك الدباغ في فضل الرطوبات النجسة، فيشاركها في الحكم وهي الطهارة، والطهارة حكم أصلي، كحل الأكل، فيجوز أن يثبت أصلاً، حتى إن الحمار، أو البغل والسباع، إذا ذبحت، يطهر جلدها ولحمها، وإن كان لا يؤكل، حتى إنه لا ينجس الماء بوقوعه فيه[٣].

[بيع العبد الآبق]

ولو باع عبدًا آبقًا من رجل، يزعم أنه عنده، جاز، وإن باعه من رجلٍ يزعم أنه عند غيره، لا يجوز؛ لأنَّ النهي عن بيع الآبق[٤] تناول الآبق مطلقًا، وهو الآبق في حق المتعاقدين[٥].

---

(١) ينظر هذا الضابط في: المحصول للرازي (٣/ ١٢٩)، البحر الرائق (١/ ١١٢)، مجمع الأنهر (١/ ٣٢).

(٢) ينظر: الأم (١/ ٢٢).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٤٢)، المحيط البرهاني (١/ ٤٧٤)، البناية شرح الهداية (١/ ٤٢٢)، البحر الرائق (١/ ١١٢).

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٢٩)، خزانة الفقه (١/ ١٧٦)، المبسوط (١٣/ ١٠)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٢٨).

[الخيار في البيع عند تفاوت الأجناس]

رجلٌ باع هذه الجارية، فإذا هو غلام، فلا بيعَ بينهما[١]؛ لأنَّ العقدَ تعلق بالمسمى وإنه معدوم، والموجود الذي ليس بمال، لا يصلح محلاً للذات، فالمعدوم أولى.

والأصلُ في جنس هذه، وهو أنه متى سمي وأشار، والمشار إليه من خلاف الجنس المسمى، تعلق البيع بالمسمى؛ لأن التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة؛ لأن الإشارة تعرف الذات فقط والتسمية تعرف الذات [والماهية، والماهية][٢] هي المعتبرة في باب البيع[٣]؛ لأن بها تثبت المحلية، وإن كان المشار إليه من جنسه تعلق البيع بالمشار إليه، لأنَّ حقَّ التسمية صار مستوفي، فبقيت العبرةُ للإشارة، وفيما نحن فيه المشار إليه من خلاف الجنس المسمى؛ لأن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان مختلفان، لأن الاتحادَ في الجنسية، إنما يقع بالاتحاد في المنافع والأغراض اختلافًا فاحشًا، وأنه تحقق بين الذكر والأنثى من بني آدم؛ لأن من يصلح له الأنثى، لا يصلح له الذكر، وما يراد من الذكر، لا يراد من الأنثى، وكذا على العكس، فأشبه الهروي، والمروِيَّ من الثياب؛ فإنهما جنسان مختلفان باختلاف المنافع والأغراض مع اتحاد الاسم ومعنى الذات.

ولهذا إذا باع فصًّا على أنه ياقوت، فإذا هو زجاجٌ، يكون البيع باطلاً؛ لأن المشار إليه من خلاف الجنس المسمى، فتعلقُ العقدِ بالمسمى، وإنه معدوم.[٤]

---

(١) القياس عند الحنفية: جوازه وهو قول: زُفر. ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٧٨).

(٢) في الأصل: [المالية]، والصواب ما اثبتناه. والله أعلم.

(٣) قاعدةٌ فقهيةٌ واردة بلفظها عند الحنفية. ينظر: كشف الأسرار (٢/ ٨٣)، تبيين الحقائق (٤/ ٥٣)، فتح القدير (٦/ ٤٣١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ٢٩٧).

(٤) ينظر: المبسوط (١٣/ ١٢)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٧٨)، الهداية شرح البداية (١/ ٢٠٤)، تبيين الحقائق (٤/ ٥٣).

ولو باع هذه النعجة، فإذا هو كبش، جاز؛ لأن المشار إليه من جنس المسمى؛ لأن الذكر والأنثى من غير بني آدم، جنس واحد؛ لأن الاختلاف بينهما في الأغراض لا يفحش، فتعلق البيع بالمشار إليه، وأنه محلٌّ للبيع، فجاز، لكنه يتخير لفوات الوصف المرغوب فيه، وهي الأنوثة[١].

[البيع إلى أجل يتقدم، أو يتأخر]

ولو باع إلى الحَصاد[٢] أو الدِّياس[٣] أو الجذاذ[٤] أو النيروز، أو المهرجان، لا يجوز[٥].

ولو كفل إلى هذه الأوقات، جاز؛ لأنَّ الأجل وصفُ الثمن، / فإنه يقال: ثمن مؤجل، وجهالة الثمن جهالة تفضي إلى المنازعة، فتوجب فساد البيع، بخلاف الكفالة[٦]؛ فإن الأجل صفة الدين، وجهالة الدين جهالة مستدركة في باب الكفالة، لا تفسد الكفالة على ما يأتي شرحه في كتاب (الكفالة). (١٩٣/أ)

---

(١) ضابط المسألة: إن كان المبيع من جنس المسمَّى، إلا أنه يخالفه في الصفة، فالعقد جائز، وللمشتري الخيار. ينظر: البناية شرح الهداية (٨/ ١٧١)، الفتاوى الهندية (٣/ ١٤١).

(٢) الحصاد: - بفتح الحاء وكسرها - مصدر حصد، أي: قطع الزرع ونحوه. ينظر: مقاييس اللغة (٢/ ٧١).

(٣) الدِّياس لغة: مصدر داس. وهو طئ الزرع بقوائم الدواب، أو بآلة، حتى ينفصل الحب عن التبن. . ينظر: معجم لغة الفقهاء (١/ ٢١١).

(٤) الجُذاذ لغة: من جذذت الشيء: كسرته وقطعته. والجُذاذُ والجِذاذُ: ما تقطّعَ منه، وضمُّه أفصح من كسره. ينظر: الصحاح (٢/ ٥٦١).

(٥) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٣٠)، المبسوط (١٩/ ١٧٢)، تحفة الفقهاء (٣/ ٢٤٠)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (٢/ ٢٧٩).

(٦) أي: أن الكفالة عقد تبرع، ومبناها على المساهلة فتتحمل فيها الجهالة المستدركة، وهذه جهالة مستدركة؛ لأن أقصاها معلوم فيمكن رفعها باعتبار الأقصى، حتى لو كانت جهالة غير مستدركة، كالكفالة إلى هبوب الريح، والمطر، لا يصح التأجيل. ينظر: شرح الجامع الصغير، لقاضي خان (١/ ٢٧٩).

وإن اتفقا على طرح الأجل قبل أن يشرع الناس في الحصاد، جاز البيع عندنا، خلافًا لزفر.

[بيع البناء الساقط، وبيع الشرب والممر]

رجلان: لأحدهما سفل، وللآخر عليه عُلُوُّهُ، فوقعا، فباع صاحب الْعُلُوِّ عُلُوَّهُ، لم يجُز[١]؛ لأنه أضاف البيع إلى غير محلِّه؛ لأنَّ محلَّه[٢] هو عين مال، أو حق بشبهة[٣] ولم يوجد؛ لأنه ليس ثمَّ إلا الهواء، وأنه ليس بمال، ولا حق شبهة المال.

وكذلك إذا انهدم العلوُّ دون السفل؛ لأنَّ الثابتَ له حق التعلي[٤] وأنه ليس بمال ولا حق شبهة، وكذلك إذا كانا لواحد فانهدما، أو انهدم العلو دون السفل؛ لأنَّ المعنى يجمعهما، بخلاف الشِّرب، حيث يجوز بيعه تبعًا للأرض بالإجماع[٥]، ومقصودًا في رواية، وهو قول مشايخ بلخ؛ لأنه اسم بحصته من الماء وأنه عين مال فيكون محلاً، وإنما لم يجز بيعه مقصودًا، لكونه مجهولاً[٦].

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٣٠)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٢٨)، الهداية شرح البداية (٣/ ٤٧)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٨٠).

(٢) أي: البيع.

(٣) أي: له بشبهة الأعيان.

(٤) التَّعَلِّي: له معان منها: أنه من العلو وهو الارتفاع، وعلو كل شيء، وعلوه، وعلوه: أرفعه، وعلا الشيء علوًّا، فهو عليٌّ: ارتفع. ينظر: تاج العروس (٢٩/ ٢٠٤)، معجم لغة الفقهاء (١/ ١٣٧)، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية (١/ ٤٧٥). وحق التعلي: هو حق القرار الدائم، أو الاستناد لصاحب الطبقة العليا، على الطبقة السفلى، والانتفاع بسقوفها، مثل الملكية المشتركة للطوابق الحديثة. وهذا حق دائم ثابت لصاحب العلو، على حساب السفل، فيكون للعلو حق البقاء والقرار على ذلك السفل، دون أن يتملك عند الحنفية سقفه، فلا يزول الحق بهدمه، أو انهدام السفل، أو هما معًا، ويظل هذا الحق قائمًا، يجري فيه التوارث. ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي (٦/ ٤٦٧٨).

(٥) المراد بالإجماع عند الشارح، هو إجماع المذهب. ينظر: التعريف بهذا المصطلح في قسم الدراسة ص(١٠١).

(٦) جاء في المحيط البرهاني (٧/ ١٤٨): «وإنما لا يجوز بيعه مقصوداً في رواية، وهو اختيار =

رجلٌ ادَّعى شراء أرض بِشِرْبِهَا بألف درهم، فشهد له شاهدان، أحدهما بما ادَّعى والآخر سكت عن الشِرب، فالشهادة باطلة، لاختلافهما في قدر الثمن؛ لأن للشرب قسطًا من الثمن[1].

[بيع الطريق وهبة]

بيعُ الطريق وهبتُهُ، جائزٌ، وبيعُ مسيلِ الماءِ وهبتُهُ، لا يجوز[2]؛ لأنه إن أراد بالطريق والمسيل رقبتهما فإنما جاز في الطريق؛ لأنه عينُ مالٍ معلومة؛ لأن رقبة الطريق معلومةُ الطولِ والعرض، ولم يجز في المسيل؛ لأن رقبة المسيل مجهولة؛ لأنه اسم لما يشغله الماء، وإنه مجهولٌ؛ وجهالةُ المبيعِ تفسد البيع.

وإن أراد بذلك حق المرور، وحق التسييل، ففي جواز بيعه حق الاستطراق روايتان، ذكر في كتاب القسمة ما يدل على جوازه، فإنه جعل له قسطاً من الثمن، وذكر في رواية: لا يجوز، وهو المذكور في (**الزيادات**).

وحق التسييل إن كان على السطح، لا يجوز بيعُهُ؛ لأنه بمعنى حق التعلي على السفل، وعنه: لا يجوز، فكذا هذا، وإن كان على الأرض قائمًا، لا يجوز لجهالته، وفرقٌ بين حقِّ التعلي، وحقِّ الاستطراق في رواية: أن حق التعلي يتعلق بما تبقى، وهو المنقول فأشبه المنافع، وحق الاستطراق يتعلق بما بقي وهو الأرض أشبه الأعيان المملوكة.

= مشايخنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ لمكان الجهالة، حتى لو سقط اعتبار الجهالة، بأن يبيع الشرب مع الأرض حتى دخل الشرب في العقد تبعاً، يجوز بيعه، بخلاف حق التعلي؛ لأنه ليس بمال، على ما ذكرنا».

(١) ينظر:شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٨٠)، المحيط البرهاني (٨/ ٣٦٩)، تبيين الحقائق (٤/ ٥٢).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٣٠)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٢٨)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٨٠)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٧).

[فساد البيع لتحريم الثمن، لا بطلانه]

رجلٌ اشترى عبدًا بخمرٍ أو خنزيرٍ أو ميتةٍ، فقبضه، فأعتقه، أو باعه، أو وهبه، جاز وعليه قيمته(١).

وعند الشافعي: لا يجوز(٢)؛ لأنَّ بيعَ العبد بهذه الأشياء فاسدٌ. والبيعُ الفاسدُ يفيد الملك إذا اتَّصل به القبض عندنا(٣).

وعند الشافعي: لا يفيد؛ لأنه بيع غير مشروع؛ لأنه منهيٌّ عنه(٤)، والمنهي عنه لا يكون مشروعًا، لأن الشروع ما يكون حسنًا مطلقًا فيه، / والمنهي عنه ما يكون قبيحًا ممنوعًا عنه، وبينهما تضادٍ وتنافٍ، فمتى ثبت أحدهما انتفي الآخر، وغير المشروع لا وجود له شرعًا، وغير الموجود، لا يفيد الملك أصلاً؛ كبيع الحر. (١٩٣/ ب)

ولنا: أن البيع كان مشروعًا، لأنَّ دليلَ شرعيةِ البيع مطلقٌ، نحو قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾(٥).

ولأن صاحبَ الوحي سماه بيعًا؛ بقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تَبِيعُوا الطَّعَامَ بِالطَّعَامِ إلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ»(٦)، ومطلقه ينصرف إلى المشروع، ولأن البيع المشروعَ ما صدر

(١) هذه المسألة مبنية على أن البيع الفاسد بعد القبض هل يفيد الملك؟ ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٣١)، أصول الشاشي (١/ ١٦٨)، أصول السرخسي (١/ ٨٢)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٢٩).

(٢) ينظر: الأم (٧/ ١٠٢)، الحاوي الكبير (٥/ ٣١٦)، تخريج الفروع على الأصول (١/ ١٧٠)، المجموع (٩/ ٣٦٩).

(٣) ينظر: تحفة الفقهاء (٢/ ٥٩)، بدائع الصنائع (٣/ ٨٣).

(٤) من القواعد الأصولية: (النهي يقتضي الفساد). وهذه القاعدة لا يكاد يخلو منها كتابٌ من كتب الأصول. ينظر التفصيل في: العدة لأبي يعلى (٢/ ٤٣٢)، أصول السرخسي (١/ ٨٢)، البحر المحيط (٣/ ٣٦٨)، التحبير شرح التحرير (٥/ ٢٢٨٦).

(٥) الآية بتمامها قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة:٢٧٥].

(٦) قال ابن كثير رَحِمَهُ اللَّهُ في تحفة الطالب (١/ ٣٨٢): «ليس هو في شيء من الكتب بهذه=

ركنه من أهله، مضافًا إلى محل قابل لحكمه، وله ولايةٌ على المحلِّ، وهذا البيع داخلٌ تحت هذا الحد، فيكون مشروعًا[1].

فلو انتسخت شرعيته، إنما تنسخ بإضافة صيغة النهي إليه، وأنها لا تصلح ناسخة؛ لأنها محتملة، لأن صيغة النهي قد تضاف إلى الشيء ويراد بها غيره؛ كالبيع وقت النداء وبيع الحاضر للباد، وقد يراد عينه، والمحتمل لا يصلح ناسخًا، على أنا نحمله على عين متصل به، بطريقة الكتابة، لأنا لو حملناه[2] على عينه، كان عملاً بحقيقة النهي، ومجاز البيع ودليل شرعيته، ومتى حملناه على غيره، كان عملاً بحقيقة البيع وحقيقته دليل شرعيته، وحقيقة النهي في غير المضاف إليه بطريقة الكتابة؛ لأن الكتابة أحد نوعي الحقيقة، والعمل بالحقيقتين أولى من العمل بحقيقة أحدهما[3]، ومجاز الآخر.

ولأنا متى حملناه على عينه يكون نسخًا لشرعية البيع ودليل شرعيته، ومتى حملناه على غيره، لا يكون نسخًا.

= الصيغة». والحديث رواه الإمام مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة باب: بيع الطعام مثل بمثل (٣/ ١٢١٤ ح١٥٩٢)، من حديث معمر بن عبدالله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ أَرْسَلَ غُلَامَهُ بِصَاعِ قَمْحٍ، فَقَالَ: بِعْهُ، ثُمَّ اشْتَرِ بِهِ شَعِيرًا، فَذَهَبَ الْغُلَامُ، فَأَخَذَ صَاعًا وَزِيَادَةَ بَعْضِ صَاعٍ، فَلَمَّا جَاءَ مَعْمَرًا أَخْبَرَهُ بِذَلِكَ، فَقَالَ لَهُ مَعْمَرٌ: لِمَ فَعَلْتَ ذَلِكَ؟ انْطَلِقْ فَرُدَّهُ، وَلَا تَأْخُذَنَّ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ، فَإِنِّي كُنْتُ أَسْمَعُ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، يَقُولُ: «الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ مِثْلًا بِمِثْلٍ»، قَالَ: «وَكَانَ طَعَامُنَا يَوْمَئِذٍ الشَّعِيرَ»، قِيلَ لَهُ: فَإِنَّهُ لَيْسَ بِمِثْلِهِ، قَالَ: «إِنِّي أَخَافُ أَنْ يُضَارِعَ».

(١) وللحنفية أدله أخرى ذكرها الكاساني في كتابه بدائع الصنائع (٥/ ٢٢٩).

(٢) أي: النهي.

(٣) تنظر هذه القاعدة الفقهية في: المنثور في القواعد الفقهية (١/ ١٨٣)، الأشباه والنظائر للسيوطي (١/ ١٢٨)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ١١٤).

والأصل في الأحكام التقريرُ، لا النسخُ والتغييرُ(١)، فكان الأول أولى، ومتى صار المنهي غير البيع، بقي البيع مشروعًا غير منهي عنه(٢).

[توكيل المسلم للنصراني في بيع الخمر]

مسلمٌ أمر نصرانيًّا ببيع الخمر والخنزير، أو شرائها، جاز عند أبي حنيفة، خلافًا لصاحبيه؛ لأن المأمور نائبه، فيصير تصرفه كتصرفه، وتصرف المسلم في الخمر والخنزير، لا يجوز بنفسه، فكذا بنائبه(٣).

ولنا: أن المأمور(٤) نائب عنه من وجه، وهو ثبوت الحكم له، وأصل من وجه، فإن حقوق العقد تتعلق بالمأمور(٥)، فصار المسلم متصرفًا في الخمر من وجه دون وجه، والمحرم التصرف في الخمر من كل وجه؛ لأن الخمر كان مالاً متقومًا مباح التصرف فيها، وإنما حرم التصرف بالإجماع، والإجماع انعقد على تحريم التصرف فيها من كل وجه، فلم يدخل التصرفُ فيها من كل وجه.

ولهذا إذا كان له عبدٌ نصرانيٌّ مأذون في التجارة، اشترى خمرًا، أو خنزيرًا، ثبت الملك للمولى، فإذا ثبت الملك في الخمر والخنزير للآمر، خلَّل الخمر، ويُسَيِّبُ(٦) الخنزير(٧).

---

(١) تنظر هذه القاعدة في: الإحكام للآمدي (٢/ ١٨٩)، تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد، لصلاح الدين أبي سعيد خليل بن كيكلدي (١/ ١٣١).

(٢) ينظر: الهداية شرح البداية (٣/ ٥٢)، العناية شرح الهداية (٦/ ٤٦٨)، البناية شرح الهداية (٨/ ٢٠٤)، درر الحكام (٢/ ١٦٨).

(٣) وهو الأظهر. وهو ما رجحه ابن الهمام في(الفتح)، وابن عابدين، في(حاشيته). وروي عن أبي حنيفة أن هذه الوكالة تكره أشد ما يكون من الكراهة، فهي ليست إلا كراهة تحريم. ينظر: فتح القدير (٦/ ٤٤١)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٨٣).

(٤) وهو الذمي.

(٥) تنظر هذه القاعدة الفقهية في: الفروق للكرابيسي (١/ ٢٥٥)، المبسوط (٥/ ١٨)، فتح القدير (٦/ ١٨٤).

(٦) سَيَّبت الدابة: أي تركتها تسيب حيث شاءت. الصحاح تاج اللغة (١/ ١٥٠).

(٧) ينظر: المبسوط (١٣/ ١٣٨)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد(١/ ٤٢٩)، شرح الجامع=

[تعين الدراهم في البيع الفاسد]

رجلٌ اشترى دارًا شراءً فاسدًا، وتقابضا، ليس للبائع أن يأخذ الدار منه، حتى يرد الثمن إليه؛ لأنها[١] مقابلة بالثمن، فتصير محبوسة عنده؛ كالرهن، ولهذا للبائع حبس المبيع حتى يستوفي الثمن، فإن مات البائع، فالمشتري أحق بها من الغرماء؛ لأنه يقدم عليهم في حياته / (١٩٤/ أ) فكذا بعد مماته، فإن استهلك الثمن، بيعت بحقه؛ كالرهن وإن لم تستهلك رد عين دراهمه؛ لأنها تتعين في البيع الفاسد، كما تتعين في الغصب، فظاهر ما أطلق ههنا من قبض المشتري دليل على أن المشتري أن يقبض المبيع في المجلس وبعده إذا نقد الثمن بغير إذن البائع؛ لأنَّ كلَّ بائع راضٍ بقبض المبيع إذا قبض الثمن، فكان الإذن ثابتًا دلالة، وما ذكر في كتاب (المأذون)[٢]: أن ليس له أن يقبضه بعد الافتراق من المجلس إلا بإذن البائع محمول على ما إذا لم ينقد الثمن، أو نقد، لكنه لا يملك بالقبض؛ كالخمر[٣].

[باع داراً بيعا فاسداً، فبناها المشتري]

رجلٌ اشترى دارًا شراءً فاسدًا، وتقابضا، وبنى فيها، ليس للبائع أن يأخذها، وله أن يأخذ قيمتها، شك يعقوب[٤] في الرواية، والشك في أنه سمع من أبي حنيفة أم لا؟.

وعند أبي يوسف ومحمد: له أن يسترد الدار، ويأمر بنقض البناء؛ لأنَّ حق البائع أقوى من حق الشفيع، فإن للبائع حق النقض بلا قضاء ولا رضى، وليس

= الصغير لقاضي خان (١/ ٢٨٢).

(١) أي: المبيع.

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٤٦٣).

(٣) ينظر: شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٢٩)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٨٢)، تبيين الحقائق (٤/ ٦٥).

(٤) أي: رواه يعقوب عن أبي حنيفة في (الجامع الصغير) ثم شك بعد ذلك في الرواية. وقد سبق ترجمته ص(١٩).

للشفيع الأخذ بدون قضاء ولا رضى، وحق الشفعة لا يورث، وهذا الحق يورث، ثم حق الشفيع لا يبطل بالبناء، بل يبطل البناء لحقه، فحق البائع أولى(١).

ولأبي حنيفة: أن هذا حصل بتسليط من جهة البائع، وأنه من جنس ما يبقى ويدوم، فيقطع حق الاسترداد كحق ثالث إذا تعلق به.

[حكم بيع الدار قبل قبضها]

رجلٌ اشترى دارًا شراء جائزًا، أو باعها من آخر قبل القبض، جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف(٢).

وعند محمد وزفر والشافعي(٣): لا يجوز، لِنَهيِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ»(٤) ولهذا لم يجز بيع المنقول قبل القبض.

ولنا: أن المطلق قائمٌ وهو الملك؛ لأن البيع جائزٌ، والغرر منتفٍ؛ لأن الغرر الذي يفسد البيع، هو غرر انفساخ العقد بهلاك المعقود عليه قبل القبض، وأنه متصورٌ في المنقول دون العقار، والمراد بالحديث: المنقول؛ لأن هو الذي يقبض حقيقة دون العقار. ولو أجرها قبل القبض، فعلى هذا الخلاف عند البعض، وعند الآخرين لا يجوز الإجارة بالإجماع، وعليه الفتوى(٥).

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٣١)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٣٠) شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٨٣)، العناية شرح الهداية (٦/ ٤٧٢).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٣٢)، مختصر الطحاوي (١/ ٨٤)، المبسوط (١٣/ ٨)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٣٠).

(٣) ينظر: الأم (٣/ ٧٠)، مختصر المزني (٨/ ١٧٩)، الحاوي الكبير (٥/ ٢٢٠)، روضة الطالبين (٣/ ٣٩٧).

(٤) الحديث أخرجه البخاري، في الجامع، كتاب البيوع، باب: بيع الطعام قبل أن يقبض وبيع ما ليس عندك (٣/ ٦٨ ح٢١٣٦)، ومسلم، كتاب البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض (٣/ ١١٥٩ ح١٥٢٥). من حديث ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا بنحوه.

(٥) ينظر ما ذكره شراح الحديث في: الاستذكار، ٦/ ٤٤٠)، شرح النووي على مسلم =

[من اشترى نسيئة ثم باع نقدا]

رجلٌ اشترى جاريةً بألف درهم، فباعها من البائع بأقل من ذلك قبل نقد الثمن، لا يجوز بيعه عندنا[١]، وعند الشافعي: يجوز[٢]، بناء على أن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، لا يجوز[٣] عندنا، خلافًا له.

والصحيح مذهبنا، لما روى أن امرأة جاءت إلي عائشة، فقالت: «إني بعت جارية من زيد بن أرقم[٤] بألف إلى العطاء، فاحتاج إلى ثمنها، فاشتريتها منه بِثَمانِمائَةِ درهم، فقالت: بئس ما شَرَيْتِ واشْتَرَيْتِ، أبلغي زيد بن أرقم أنَّه أبطل حجَّه وجهادَه مع رسولِ الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إن لم يَتُبْ»[٥][٦].

= (١٠/ ١٧٠)، طرح التثريب في شرح التقريب، للعراقي (٦/ ١١٣)، عمدة القاري شرح صحيح البخاري (١١/ ٢٤٢)، شرح مسند أبي حنيفة للهروي القاري (١/ ١٧٨).

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٣٣)، المبسوط (١٣/ ١٢٢)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٨٥).

(٢) ينظر: الأم (٣/ ٣٨، ٧٩)، مختصر المزني (٨/ ١٨٣)، الحاوي الكبير (٥/ ٢٨٧)، البيان (٥/ ٣٣١)، المجموع (١٣/ ٤).

(٣) أي: البيع الثاني.

(٤) هو: الصحابيّ الجليل: زيد بن أرقم بن زيد بن قيس الانصاري، أبو عمر، وقيل: أبو عامر، وقيل: (أبو سعد)، الخزرجي صحابيٌّ مشهورٌ، أول مشاهده غزوة الخندق، مات رَضِيَ اللهُ عَنْهُ سنة (٦٨هـ). ينظر ترجمته في: الاستيعاب (٢/ ٥٣٥)، أسد الغابة (٢/ ٣٤٤)، سير أعلام المبلاء (٣/ ١٦٦)، الإصابة (٢/ ٤٨٧).

(٥) الحديث أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب البيوع (٣/ ٤٧٧ ح٣٠٠٢)، وقال: (أم مُحِبَّة والعالية مجهولتان لا يحتج بهما). قال ابن الجوزي، في التحقيق في مسائل الخلاف (٢/ ١٨٤): «بل هي امرأةٌ جليلةُ القدر معروفة، ذكرها ابن سعد في كتاب الطبقات، فقال: العالية بنت أيفع بن شراحيل. . . سمعت من عائشة، رَضِيَ اللهُ عَنْهَا». وأخرجه البيهقي، في السنن الكبرى، باب: الرجل يبيع الشيء إلى أجل ثم يشتريه (٥/ ٥٤٠ ح١٠٧٩٩)، وقال: «لا يثبته الشافعي». وقال الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١٦). : (رواه الإمام أحمد)، وقال في التنقيح: (هذا إسنادٌ جيد، وإن كان الشافعي قال: لا يثبت مثله عن عائشة فيه نظر). قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ في المغني(٤/ ٢٧٧): «والظاهر أنها لا تقول مثل هذا التغليظ وتقدم عليه إلا بتوقيف سمعته من رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فجرى مجرى روايتها ذلك عنه».

(٦) قال العيني رَحِمَهُ اللهُ في البناية (٨/ ١٧٤): «وجه الاستدلال: أنها جعلت جزاء مباشرة هذا العقد=

ألحق الوعيد الشديد المقدر به، وأنه لا يدرك إلا سماعًا، فصار إرسالها / كإسنادها إليه[١]، هذا إذا باع بجنسه من الثمن، نحو أن اشترى بدراهم، فباعه بدراهم أقل منه، أمَّا إذا باعه بخلاف جنسه، بأن اشتراه بدراهم، وباعه منه بعروض أقل قيمة منه، جاز؛ لأنَّ الفساد لمكان شبهة الربا وأنها لا تتحقق عند اختلاف الجنس. (١٩٤/ ب)

وفرَّع محمدٌ على هذه: رجل اشترى جاريةً بخمسمائة، فباعها مع أخرى من بائعها، بخمسمائة قبل نقد الثمن، جاز في حق التي لم يشترها منه، وفسد في حق التي اشتراها منه؛لأن المفسد وجد في حقها، دونها، وهى شبهة الربا.[٢]

[البيع الفاسد وخبث الملك]

رجلٌ اشترى جاريةً بألف درهم شراءً فاسدًا، وتقابضا، فربح المشتري في الجارية، والبائع في الثمن، طاب للبائع، دون المشتري، ويتصدق به[٣].

والأصل فيه: وهو أن الخبث يتنوع: إلى خبث لعدم الملك، وخبث في الملك للفساد.

= بطلان الحج والجهاد، مع رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إن لم يتب وأجزية الجرائم لا تعلم بالرأي، فكان مسموعًا من رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، والعقد الصحيح لا يجازى بذلك، فكان فاسدًا، وأن زيدًا اعتذر إليها، وهو دليلٌ على كونه مسموعًا؛ لأنه في المجتهد إن كان بعضهم يخالف بعضًا، وما كان أحدهما يعتذر إلى صاحبه. فإن قلت: يجوز أن يكون إلحاق الوعيد، لكون البيع إلى العطاء، وهو أجل مجهول. قلت: ثبت من مذهب عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا جواز البيع إلى العطاء، وهو مذهب علي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ وابن أبي ليلى رَحِمَهُ اللهُ وآخرين».

(١) أي: أن أجزية الجرائم لا تعرف بالرأي. ينظر: المبسوط (١٣/ ١٢٢)، بدائع الصنائع (٥/ ١٩٩).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٣٢)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٣٢)، بدائع الصنائع (٥/ ١٩٩)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٨٥).

(٣) ينظر المصادر السابقة.

والمال يتنوع: إلى ما يتعين، وإلى ما لا يتعين، فالخبث بعدم الملك، يعم النوعين؛ كالمودَع، أو الغاصب، إذا تصرَّف في المغصوب وربح، لا يطيب له الربح، سواء كان المغصوب ما يتعين، أو لا يتعين؛ لأنَّ الخبث لعدم الملك، والخبث في الملك للفساد يتناول الذي يتعين، دون الذي لا يتعين، والخبث في الجارية المشتراة شراءً فاسدًا، خبث في الملك فيما يتعين، والجارية تتعين، والبيع الفاسد يفيد الملك، فلهذا لم يطب، والخبث في الثمن، خبث في الملك للفساد، لكنه لا يتعين، فلهذا طاب له الربح.

رجلٌ ادَّعى على رجل دينا فقضاه، ثم تصادقا أنه لم يكن عليه دينٌ، وقد كان ربح يطيب له؛ لأنه خبثٌ في الملك فيما لا يتعين، لأن الملك في الدين يثبت ظاهرًا ثم بعد تصادقهما، صار كالمستحق، فأشبه الملك المستحق، وأنه ملك فاسدٌ، كذا هذا[1].

[حكم التأجيل في الصرف]

رجلٌ اشْترى جاريةً، قيمتُها ألفُ درهم، وفي عنقها طوقُ فضة، قيمتُه ألفُ درهم بألفي درهم، ونَقَدَ الألفَ، ثم افترقا، فالنقدُ ثمنُ الطوقِ؛ لأنَّ ثمنَه يجب قبضه في المجلس، وثمن الجارية، لا يجب قبضه في المجلس، وغير الواجب لا يعارض الواجب، فتعين ذلك، وحالة المسلم تدلُّ على تقديم الواجب.

وإنِ اشتراها بألف نقدًا، وألف نسيةً، فالألفُ النقدُ ثمنُ الطوق؛ لأنَّ التأجيلَ في ثمن الطوق، لا يجوز، وفي ثمن الجارية، يجوز، فصرف إلى ثمن الطوق لدلالة حال المشتري عليه[2].

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٣٣).
(٢) ينظر المصدر السابق.

[موت أم الولد، أو المدبرة، في يد المشتري]

رجلٌ باع أم ولد، أو مدبرته، وسلمها إليه، فماتت في يد المشترى، لا يضمن قيمة أم الولد، عند أبي حنيفة[١].

وعند صاحبيه: يضمن[٢]، بناء على أنَّ أمَّ الولد غير متقومة عنده، خلافًا لهما. والله أعلم.

❊ ❊ ❊

(١) وله رواية ذكرها المعلى أبو يحيى الرازي: أنه يضمن قيمة المدبر. ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٤٥).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٣٤)، مختصر الطحاوي (١/ ٧٥)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٣٢)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٨٨).

باب ما يُكالُ ويُوزنُ ويُعدُّ

الأصل فيه:

ما أشرنا / إليه أنَّ البيع إذا كان فيه ربا، أو شبهة الربا، يفسد؛ لأنه يخل بشرط الجواز، وهو التساوي بين العوضين في المعيار الشرعي. (١٩٥/ أ)

[حكم الربا، أنواعه، علته، تعريفه]

والربا يتنوع إلى: ربا نقد، وإلى ربا النَّساء.

فربا النقد: فضل مالٍ، صورة ومعنى على المعيار الشرعي، قصد استحقاقه بالبيع- ونعني بالمعيار الشرعي-: الكيل في المكيلات والوزن في الموزونات.

وربا النَّساء: فضل النقد على النسية، أو فضل العين على الدين.

وعلةُ ربا النقد: الجنس مع القدر، وهو الكيل في المكيلات والوزن في الموزونات[(١)]. وعند الشافعي[(٢)]: الثمنية في النقديين، والطعم في الأشياء الأربعة.

وعلة ربا النَّساء: أحد وصفي علة ربا النقد، وهو إمَّا الجنس، أو القدر، والجنس بانفراده، لا يحرم النَّساء عندنا[(٣)]، خلافًا له. وثمرةُ الخلافِ تظهر في علةِ ربا النقد في موضعين:

---

(١) قال الرازي رَحِمَهُ اللَّهُ: «قال أصحابنا: علة تحريم البيع في ذالك زيادة كيل في جنس، ووزن في جنس». شرح مختصر الطحاوي (٣/ ١٩).

(٢) ينظر: الأم (٢/ ١٤- ١٥)، الحاوي الكبير (٥/ ٨٣)، نهاية المطلب (٥/ ٩٥)، الوسيط في المذهب (٣/ ٤٧)، مغني المحتاج (٢/ ٣٦٤، ٣٦٩).

(٣) ينظر: المبسوط (١٢/ ١١٣)، تحفة الفقهاء (٢/ ٢٦)، بدائع الصنائع (٥/ ١٨٧)، الهداية شرح البداية (٣/ ٦٢)، البحر الرائق (٦/ ١٣٩).

أحدهما: في مُقَدّر غيره مطعوم، حتى إنه لو باع قفيزًا جِصّ، بقفيزي جِص، لا يجوز عندنا؛ لوجود علة ربا النقد، [1] وعنده: يجوز لعدم العلة، وهو الطعم.

والثاني: مطعومٌ غير مقدر، حتى إنه لو باع جوزةً بجوزتين، أو تفاحة بتفاحتين، جاز عندنا؛ لعدم العلة، وهو الجنس مع القدر؛ لأن الإلية مع الشحم، جنسان مختلفان[2].

وكذلك إذا باع رطلين[3] من اللحم، برطلٍ من شحم البطن، لعدم العلة، وهو عنده: لا يجوز؛ لوجود العلة، وهو الطعم.

وثمرةُ الخلافِ تَظهر في علةِ ربا النَّساءِ في أن الجنس بانفراده هل يحرم النَّساء في إسلام ثوب هَرَوِيٍّ في هَرَوي؟ فإنه لا يجوز عندنا، لوجود العلة، وهو الجنس، وعنده يجوز لعدم العلة[4].

وأن التصرف في المبيع قبل القبض، لا يجوز بخلاف الأثمان، وبعد القبض، لا يجوز في المكيل والموزون، إذا اشتراه مكايلة، أو موازنة، لنهي النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيعِ الطَّعام، حتى يجري فيه الصاعان: صاع البائع، وصاع

(١) وهو الكيل مع الجنس.

(٢) ينظر: المبسوط (١٢/ ١٨٢)، بدائع الصنائع (٥/ ١٨٥)، الهداية شرح البداية (٣/ ٦٥)، المحيط البرهاني (٧/ ٧٥).

(٣) الرِّطْلُ: وِحْدَةٌ للوزن تختلف باختلاف المذاهب والبلدان، وإذا أُطْلِقَ عند الحنفيَّة، فالمراد به رِطْلُ بغداد، أو الرِّطْلُ العراقي، ويساوي عندهم (١٣٠) درهمًا، أي ما يعادل (٤١٣، ٨٦٤) غرامًا تقريبًا. ينظر: المغرب (١/ ٣٣٣)، المكاييل والموازين، لعلي جمعة محمد (١/ ٢٩)، موسوعة وحدات القياس (١/ ٣٨٧).

(٤) ينظر: الفصول في الأصول (٤/ ١٣٨)، أصول السرخسي (٢/ ١٩٤)، تحفة الفقهاء (٢/ ٢٨)، تخريج الفروع على الأصول (١/ ١٦١)، كشف الأسرار (٣/ ٣٩٣)، الاشباه والنظائر للسبكي (٢/ ٢٦٠).

المشتري[١]. وأن شرطَ الردِّ أن يكون بحال يمكنه الرد على الوجه الذي خرج عن ملك البائع[٢]. وأن جهالة المبيع أو الثمن، جهالة تفضي إلى المنازعة تفسد البيع[٣]. وشرط ما لا يقتضيه العقد، يفسده، بخلاف شرط ما يقتضيه.

وأن الذرعان[٤] تجري مجرى الأوصاف، إذا لم يجعل في مقابلة كل ذراع شيئًا من الثمن معلومًا، وتجري مجرى الأصل، إذا قابلها[٥]؛ لأنها وصف من وجه؛ لأنه يظهر بها الطول والعرض، وأصل من وجه؛ لأنها من ذات الشيء، فإن قابلها بالثمن صارت أصلاً، وإن لم تقابل صارت وصفًا، ولا يقابلها شيء من الثمن يقابل الذات دون الصفات[٦]. / (١٩٥/ب)

إذا عرف هذا نقول:

[بيع شحم البطن بشحم الإلية]

قال: باع رطلين من شحم البطن، برطل من الإْليةِ، جاز عندنا؛ لعدم العلة وهو الجنس مع القدر؛ لأن الإْلية مع الشحم جنسان مختلفان، وكذلك إذا باع رطلين من اللحم برطل من شحم البطن، لعدم العلة، وهو الجنس مع القدر؛

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ينظر هذا الضابط عند الحنفية في: بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٣)، المحيط البرهاني (٨/ ٢٠٢)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٢٠)، تبيين الحقائق (٤/ ٢٣).

(٣) تنظر هذه القاعدة عند الحنفية في:المحصول للرازي (٥/ ٢٤)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٣)، المحيط البرهاني (٨/ ٢٠٢)، مجمع الأنهر (٢/ ٣١).

(٤) المذارعة لغة: مفاعلة من الذَّرع، وهو القياس بالذراع، والذراع: من طرف المرفق إلى الأصبع الوسطى، المُذارَعَةُ: البيعُ بالذَّرعِ، يُقَال: بِعتُه الثَّوْبَ مُذارَعَةً، أَي بالذَّرعِ لَا بالعَدد والجُزافِ. ينظر: طلبة الطلبة (١/ ١٠٩)، تاج العروس (٢١/ ١٦).

(٥) أي: كل ذراع.

(٦) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٦٠، ٢٤٤)، تبيين الحقائق (٤/ ٨٢)، الجوهرة النيرة (١/ ١٨٧)، فتح القدير (٦/ ٢٧٢).

لأن اللحم مع الشحم، جنسان مختلفان(١).

[مسائل الربا في الأعيان]

ولو باع بيضةً ببيضتين، أو تفاحة بتفاحتين، جاز عندنا، لعدم علة ربا النقد، وهو الجنس مع القدر؛ لأن هذه الأشياء ليست بمكيلة ولا موزونة. ويحرم بيعها نساء، لوجود علة ربا النِّساء، وهو الجنس(٢).

[التصرف في المكيل والموزون والمذروع والمعدود قبل البيع أو بعده]

ولو باع فلسًا بعينه بفلسين بأعيانهما، جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد: لا يجوز؛ بناء على أن الفلوس تتعين بتعين المتعاقدين، وتبطل ثمنيتها(٣)، فتلحق بالسلع، وعنده(٤) لا تتعين ولا تبطل، فتبقى أثمانًا، فلا يجوز بيعُ واحد باثنين؛ كالدرهم بالدرهمين، وعندهما: تبطل فتلحق بالسلع، فصار بائعًا سلعة عين بسلعة عين واحد باثنين، فيجوز؛ كبيع الثوب بالثوبين.

فكل ما ينسب إلى الرطل، فهو وزنيٌّ(٥)؛ كالأمْناء(٦).

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٣٥)، مختصر القدوري (١/ ٨٧)، بدائع الصنائع (٥/ ١٨٩)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٩٠).
(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٣٥).
(٣) ينظر المصدر السابق.
(٤) أي: عند محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ ما دامت رائجة. ينظر: المبسوط (١٢/ ١٨٣)، الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٩٠).
(٥) ينظر هذه الضابط عند الحنفية في: الهداية شرح البداية (٣/ ٦٢)، العناية شرح البداية (٧/ ١٦)، البحر الرائق (٦/ ١٤١).
(٦) **الأمناء**: المنّ بالتشديد الذي يكال به السمن أو يوزن به، وجمعه أمنان على لغة تميم، ومن قال: المنا فيجمع على أمْناء، مثل سبب وأسباب. مقدار المن: المن رطلان، وحيث تقدم أن الرطل = ٤٠٨ جرامات؛ فيكون مقدار المن بالجرامات = ٢ × ٤٠٨= ٨١٦ جرامًا. ينظر: المصباح المنير (٢/ ٥٨٢)، معجم لغة الفقهاء (١/ ٤٦٠)، مجلة البحوث الإسلامية (٥٩/ ١٩٢).

بيانه: وهو أن ما يباع بالأواقى[١] ربا، حتى إنه لو باعه كيلًا بكيل مثلًا بمثل غير الأواقي، يبطل البيع؛ لأن الأواقي قدرت بالوزن، فصار وزنيًّا، وغيرها من المكاييل ما قدرت بالوزن، بل ثبت ذلك اصطلاحًا، فإذا باع الموزون بالموزون، كيلاً بكيل بمكيال لم يقدر بالوزن، كان البيع مجازفة[٢]، فيبطل[٣].

ولو باع فلسًا بغير عينه بفلسين بأعيانهما، وعلى العكس، أو باع فلسًا، بغير عينه، بفلسين بغير أعيانهما، لا يجوز في هذه الفصول الثلاثة؛ لعدم التعيين[٤].

ولو باع ما يكال أو يوزن أو يُعدُّ، لا يخلو: إما أن يباع المكيل أو الموزون، مجازفة أو مكايلة أو موازنة، فإن باعه مجازفة، لا يجوز للمشتري أن يتصرف فيه قبل القبض، لما مرَّ:أن التصرف في المبيع قبل القبض، لا يجوز، ويجوز له أن يتصرف بعد القبض قبل الكيل؛ لأن البيع تناول المشار إليه، وأنه لا يقبل الزيادة والنقصان، فيثبت الملك له في الكل، ذاتًا ويدًا، فجاز له التصرف فيه.

---

(١) الأُوقِيَّةُ بضمِّ الْهمزة وبالتَّشديد - جمعها أواقٍ: زنة عشرة دراهم، وخمسة أسباع درهم. فمقدار الأوقية يختلف باختلاف اصطلاح البلاد، وحيث إن الدرهم = ٣,١٧ جرامًا. فيكون مقدار الأوقية بالجرامات ٤٠×٣،١٧= ١٢٦،٨ جرامًا. أي ١٢٧ جرامًا تقريبًا. ينظر: معجم لغة الغفهاء (١/ ٩٧)، مجلة البحوث الإسلامية (٥٩/ ١٩٠).

(٢) الجزاف لغة: فارسي معرب، وهو التخمين في البيع والشراء. وفي الاصطلاح: (هو بيع الجزاف: بيع الشيء، وشراؤه من غير كيل، ولا وزن، ولا عد). ينظر: المغرب (١/ ٨٣)، معجم لغة الفقهاء (١/ ١٦٣).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٣٥)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٩٢)، العناية شرح الهداية (٧/ ١٦).

(٤) ينظر:عيون المسائل (١/ ٣٦٧)، المبسوط (١٢/ ١٨)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٧)، تبيين الحقائق (٤/ ٩١).

ولو اشترى مكايلةً أو موازنة، نحو إن قال: اشتريت منك هذه الصبرة من الحنطة على أنها عشرة أقفزة أو عشره أقفزة من هذه الصُّبره، لم يجز له أن يتصرف فيه قبل القبض، لما مرَّ، وكذلك بعد القبض، حتى يكيله أو يزنه[1]؛ لنهي النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**عن بيع الطعام، حتى يجري فيه الصاعان**»[2]، وكان ذلك لفقه، وهو أن البيع تناول المسمى من المشار إليه، وأنه يحتمل الزيادة / والنقصان، ولو كاله وزاد، فالزيادة للبائع، وإن نقص، إن شاء حط حصته من الثمن، وأخذ الباقي بحصته، وإن شاء ترك، فلو جوزنا له التصرف قبل الكيل، احتمل أنه زائدٌ، فيصادف تصرفه ملك الغير، وإنه لا يجوز[3]. (١٩٦/ أ)

وإن كاله البائع قبل أن يبيع بحضرة من يريد أن يشتري، أو غيبته، لا يكتفي بذلك الكيل؛ لأن الكيل شرع لإعلام المبيع، ولا مبيع لا يتصور.

وإن كاله بعد البيع بحضرة المشتري، قال بعضهم: لا يكتفي بذلك الكيل، ولا يحل للمشتري أن يتصرف حتى يعيد الكيل؛ لنهي النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**عن بيع الطعام، حتى يجري فيه الصاعان**».

وقال بعضُهم: يكتفي بذلك، وهو الصحيح؛ لأن الكيل شرع لإعلام المبيع، وأنه حاصل بكيل واحد، فلا حاجة إلى الإعادة، والحديث محمولٌ على حادثة خاصة، وهو ما ذكرنا[4].

---

(١) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/ ١١٠)، مختصر القدوري (١/ ٨٦)، الهداية شرح البداية (٣/ ٥٩)، المحيط البرهاني (٦/ ٤١٧).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) من القواعد الفقهية: (التصرف في ملك الغير باطل). وقد سبق توثيق القاعدة ص(١٤٩٨).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٤٥)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٩٢)، الهداية شرح البداية (٣/ ٥٩)، الجوهرة النيرة (١/ ٢١١).

إن أسلم عشرة دراهم في كُرِّ حِنطة، فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه كرًّا مثله، وأمر ربَّ السَّلم بقبضه اقتضاء، لا يجوز[١].

وإن كاله حال غيبته[٢]، فالصحيح: أنه لا يجوز له التصرف حتى يعيد الكيل؛ لأن الكيل من تتمات التسليم، فيأخذ حكمه، وتسليم المبيع إلى الغائب، لا يصح، فكذا ما هو من نمائه.

وذكر في (**الجامع**) مسألةً تدلُّ عليه: وهو أن الرجل إذا اشترى كل قفيز من هذه الصبرة بدرهم، فالبيع على قفيز واحد عن أبي حنيفة[٣].

ولو كاله البائع حال غيبة المشتري، وأفرزه له، ثم هلك، يهلك من مال البائع؛ لأن كيله وإفرازه، لم يصح حال غيبه، وللمشتري أن يأخذ قفيزًا من الباقي، فكذا في هذا؛ إذ لا فرق بينهما.

ولو اشْترى ما يذرع بذراعه، لم يجز له أن يتصرف فيه قبل القبض؛ لما مر، وجاز له أن يتصرف بعد القبض قبل الذرع؛ لما مرّ: أن الذرع يجري مجرى الوصف إذا لم يقابل كل ذراع، بشيء معلوم، فلا يقابله شيء من الثمن، فإذا زاد تكون الزيادة للمشتري، فلا يؤدي تصرفه فيه قبل الذرع إلى التصرف في ملك الغير على سبيل الاحتمال، فلا يكون بمعنى الكيل والموزون في المعنى المحرم للتصرف[٤].

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٤٧)، المحيط البرهاني (٧/ ٩٢)، العناية شرح الهداية (٧/ ١٠٣)، البناية شرح الهداية (٨/ ٣٥٩).

(٢) أي: غيبة المشتري.

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٣٨)، مختصر الطحاوي (١/ ٧٩)، مختصر القدوري (١/ ٧٨)، المبسوط (١٣/ ٣).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٣٥)، بدائع الصنائع (٥/ ١٦٠)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٩٤)، اللباب في شرح الكتاب (٣/ ٧).

ولو اشترى ما يعد عددًا، لا يجوز له أن يتصرف فيه قبل القبض، لما مرَّ، فإن قبضه هل يجوز أن يتصرف فيه قبل العد؟ لم يذكر جوابه في الكتاب[(١)]، وعن أبي حنيفة، أنه لا يجوز[(٢)]، حتى يعيد العد، وعند صاحبيه: يجوز؛ لأنه مال لا يجري فيه الربا ، ولهذا يجوز بيع واحد باثنين، كما يجوز بيع ذراع بذراعين، ثم في المذروع لا يشترط إعادة الذرع، فكذا ههنا[(٣)].

ولنا: أن الربا وإن كان لا يجري فيه، لكنه شارك / المكيل والموزون في المعنى المحرم للتصرف، فإنه إذا اشترى جوزًا على أنه ألف، فعده فزاد، فالزيادة للبائع، فإن انتقص، إن شاء أخذ بحصته من الثمن، وإن شاء ترك، كما في المكيل، والموزون، فيشاركه في الحكم، وهو حرمة التصرف قبل العد. (١٩٦/ ب)

[اشترى شيئا مما يكال، أو يوزن، فوجد ببعضه عيبا]

رجلٌ اشترى ما يكال أو يوزن، فوجد ببعضه عيبًا، ليس له أن يرد المعيب وحده، بل يتخير إن شاء أخذ الكل، وإن شاء أمسك الكل[(٤)]، هذا إذا كان في وعاء واحد؛ لأن في التمييز بين المعيب وغيره، حدوث عيب زائد، فلا يمكنه الرد على الوجه الذى دخل في ملكه[(٥)].

---

(١) أي: لم يذكر محمدًا رَحِمَهُ اللَّهُ هذا الفصل في الكتب الظاهرة.

(٢) وهو اختيار الكرخي رَحِمَهُ اللَّهُ وعنه في رواية أخرى أنه يجوز. ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٩٤).

(٣) ينظر: النافع الكبير شرح الجامع الصغير (١/ ٣٣٦)، المحيط البرهاني (٦/ ٤٢)، تبيين الحقائق (٤/ ٨٢).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٣٦)، مختصر القدوري (١/ ٨١)، المبسوط (١٣/ ٧٦)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٩٥).

(٥) جاء في بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٧): «سواء وجد العيب بغير المقبوض، أو بالمقبوض في ظاهر الرواية؛ لأن الصفقه لا تتمُّ إلا بقبض جميع المعقود عليه، فكان ردُّ البعض دون البعض، تفريق الصفقه قبل التَّمام وأنه باطل».

فإن كان وعائيين، فله أن يرد المعيب وحده بعد القبض؛ لأنه ليس في التمييز بين المعيب، وغيره، حدوث عيب زائد لم يكن فيه، فلم ينعدم شرط الرد.

وإن كان في وعاء واحد فاستحق بعضه، ففي خيار رد الباقي عند أبي حنيفة روايتان: في رواية ليس له ذلك؛ لأن الشركة فيه[1] لا تعد عيبًا، وفي رواية: له ذلك؛ لأن الشركة تلزمه مؤونة القسمة، وإنه ضرر زائد لا يلزم ذلك[2].

[بيع الزيت موزونًا بظروفه، ثم طرح قيمة الظروف]

ولو باع زيتًا على أن يزنه ويطرح مكان كل ظرف خمسين رطلاً، لم يجز؛ لأنه شرط لا يلائم العقد؛ لأن العقد يقتضي الطرح بوزن الظرف[3].

وإن باعه على أن يزنه ويطرح بقدر وزن [الظرف][4] جاز؛ لأنه شرط يلائم العقد.

[بيع السهم الشائع من جملة المبيع]

اشترى عشرةَ أذرع، من مائة ذراع، من دار وحمام، لم يجز عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ وذكر الخصَّاف: أنه إنما لم يجز عنده[5]، لجهالة جُملَةَ الذرعان، حتى إنه لو عرفها، جاز.

---

(١) أي: في المكيل والموزون.

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٣٦)، المبسوط (١٣/ ٧٦)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٦)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٩٥).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٣٦)، الهداية شرح البداية (٣/ ٤٨)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ١٨)، النهر الفائق (٣/ ٤٣٣).

(٤) في الأصل: [الطريق]، وهو تصحيف. وما أثبته موافق لمتن الجامع الصغير (١/ ٣٣٦).

(٥) أي: عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ. ينظر: المحيط البرهاني (٦/ ٣٧٠)، العناية شرح الهداية (٦/ ٢٧٥).

وقال أبو زيد في الشروط[(١)]: لا يجوز عنده؛ سواء عرف جُملَةَ الذرعان أم لا، وعند صاحبيه: يجوز[(٢)].

وأجمعوا على أن شراء عشرة أسهم، من مائة سهم، من الدار، والحمام، يجوز. [(٣)] ولهما: أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشرها، وبيع العشر من الدار، جائز، ولهذا جاز بيع عشرة أسهم من مائة سهم.

ولنا: أن الذراع حقيقة اسم لخشبة خاصة مقدرة، لكن استعير هذا الاسم لما يحل هذه الخشبة فيه، والموضع التي تحل فيه من الدار والحمام مجهولة، فيكون المبيع مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة، وأنها مفسدة، بخلاف عشرة أسهم من مائة سهم، فإن السهم عبارة عن: جزء شائع، وإنه معلوم، ولهذا فإن الذراع من عشرة، والذراع من مائة، لا يختلف، والسهم من عشره، والسهم من مائة مختلف[(٤)].

[في بيع الدَّار على أنَّها كذا ذرعًا]

إذا اشترى دارًا على أنها ألف ذراع بألف درهم، فوجدها أكثر، فالزيادة للمشتري[(٥)]، وإن وجدها أنقص: إن شاء أخذها بكل الثمن، وإن شاء ترك[(٦)]؛

---

(١) لم أجد تعريفاً بهذا الكتاب، ولا كونه مطبوعاً، أو مخطوطاً، إلا أنه معدود من كتب أبي زيد الشروطي والله أعلم.

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٣٦)، مختلف الرواية (٣/ ١٤٤١)، بدائع الصنائع (٥/ ١٦٢)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٩٦).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٣٦)، بدائع الصنائع (٥/ ١٦٢)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٩٦).

(٤) ينظر المصادر السابقة.

(٥) لأن زيادة الذرعان في المذروع بمنزلة الصفة، فتستحق تبعا للجملة. شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٩٧).

(٦) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٣٧)، مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (٣/ ٦٨)، المبسوط (١٣/ ٠٢٦)، بدائع الصنائع (٥/ ١٦١).

لما مرَّ: أن الذرعان تجري مجرى الأوصاف، إذا لم يقابل كل ذراع بشيء معلوم / من الثمن، [و] الأوصاف لا يقابلها بشيء من الثمن[١]. (١٩٧/أ)

وإن قال: اشتريت هذه الدار، على أنها ألف ذراع، كل ذراع بدرهم، فوجدها أكثر، إن شاء أخذ[٢] الزيادة بحصتها من الثمن، وإن شاء ترك، وإن انتقص إن شاء أخذها بحسابها من الثمن، وإن شاء ترك، لما مرّ: أنها تجري مجرى الأصل عند المقابلة، وعلى هذا جميع ما يذرع من الثياب والخشب وغيرهما[٣].

ولو قال: اشتريت منك هذا الثوب على أنه عشرة أذرع، كل ذراع بدرهم، فوجده عشرة ونصف أو تسعة ونصف، فعند أبي حنيفة: إن وجده عشرة ونصف، أخذه[٤] بعشرة، ولا خيار له، وإن وجده تسعة ونصفًا، أخذه بتسعة إن شاء[٥]، وعند أبي يوسف: إن وجده عشرة ونصفًا، أخذه بأحد عشرة، إن شاء. وعند محمد: إن وجده تسعة ونصفًا، أخذه بتسعة ونصف إن شاء[٦] هكذا ذكر في النوادر[٧].

---

(١) قاعدة فقية سبق بيانها.
(٢) أي: المشتري.
(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٣٧)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٩٧)، المحيط البرهاني (٦/ ٣٧٤).
(٤) أي: الثوب.
(٥) أي: له الخيار. ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٢٩٨)، البناية شرح الهداية (٨/ ٢٩)، البحر الرائق (٥/ ٣١٦).
(٦) جاء في البحر الرائق (٥/ ٣١٦): «ومن المشايخ من اختار قول محمد، وهو أعدل الأقوال».
(٧) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٦١)، شرح الجامع الصغير لقاضي ان (١/ ٢٩٨)، الهداية شرح البداية (٣/ ٢٦).

ومن المتأخرين من أصحابنا من قال: هذا في ثياب في قطعها ضرر؛ كالعمائم، والقمصان، والسراويلات، أما ما ليس في قطعه ضرر؛ كالكرباس[(١)] الذى استوى طرفاه، إذا اشتراه على أنه عشرة أذرع، فوجد أحد عشر، فالزيادة للبائع، وإن وجده تسعة، إن شاء أخذه بحصته، وإن شاء ترك؛ كالمكيل والموزون؛ لما مرَّ: أن الذراع وصف من وجه، أصل من وجه، فإن كان في قطعه ضرر، جرى مجرى الوصف، وإن لم يكن في قطعه ضرر، جرى مجرى الأصل.

ونظيره: العدد في الموضع يجري مجرى الوصف؛ لأن في تبعيضه ضررًا[(٢)].

ولهذا إذا اشترى قلب فضة على أنه مائة درهم، فوجده أكثر، فالزيادة للمشتري، وإن وجده انتقص، إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء ترك؛ كالثوب الذي في قطعة ضرر، وفي غير المصوغ يجري مجرى الأصل؛ لأنه ليس في تبعيضه ضرر.

ولهذا إذا اشترى نُقرة[(٣)] فضة على أنها مائة، فوجدها مائة وعشرة، فالزيادة للبائع؛ لما ذكرنا[(٤)].

---

(١) الكِرباس: فارسي معرب، وهو ثوب غليظ من القطن. ينظر: الصحاح (٣/ ٩٧٠)، معجم لغة الفقهاء (١/ ٣٧٩).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٦١)، الهداية شرح البداية (٣/ ٢٦)، تبيين الحقائق (٤/ ٨)، البناية شرح الهداية (٨/ ٣٠).

(٣) النقرة - بِضَمِّ النُّونِ، هي: القطعة المذابة من الذهب أوالفضة، وقبل الإذابة تسمى تِبرًا. ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه (١/ ٢٤٣)، المصباح المنير (٢/ ٦٥٥).

(٤) ذلك؛ لأن النقرة لا يضرها التبعيض، والعقد إنما يتعلق بالمسمى من الوزن. ينظر: المبسوط (١٤/ ٨٩).

[بيع ذراع من الثوب مع إلزام الآخر قطعه أو الإضرار به]

ولو اشترى ذراعًا من أول هذا الثوب على أن يقطعه البائع، أو المشتري، أو لم يذكر القطع، فسد البيع[١]؛ لأن في قطعه ضررًا لا يقتضيه العقد، فلا يلزمه، فأشبه بيع جذع في سقف.[٢]

حتى إن البائع لو قطعه وسلمه إليه قبل أن يفسخ، جاز. ومعنى قوله: (من أوله)، يشعر إن باع ذراعًا من ثوب صحيح في قطعه ضرر، حتى إنه لو لم يكن في قطعه ضرر، جاز؛ كبيع قفيز من صُبرة.

[ما يجوز السلم فيه]

ولوِ اشْترى هذا الثوب كل ذراع بدرهم، أو كل ذراع من هذا الثوب بدرهم، فالبيعُ فاسدٌ في الكل عند أبي حنيفة، إذا لم يعلم جُملةَ الذرعان[٣]. / (١٩٧/ب)

وعند صاحبيه: يجوز البيع في الكل[٤]، كل ذراع بدرهم، علم أو لم يعلم، بناء على أن المعتبر عندهما طريق العلم لا حقيقته، وطريق العلم ههنا قائم، وهو الذرع، فأشبه بيع عين بوزن هذا الحجر ذهبًا، فإنه يجوز مع الجهالة، لكن لما كان في دفعها طريق، أقيم ذلك مقام العلم، كذا ههنا، وعنده، المعتبر حقيقة العلم، وأنها معدومة.

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٣٧)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٠٠)، الهداية شرح البداية (٣/ ٥٠)، تبيين الحقائق (٤/ ٤٦).

(٢) ينظر: تحفة الفقهاء (٢/ ٤٨).

(٣) وجه قوله: لأن قيمة الذرعان تتفاوت في مُقدَّم ومؤخرها. ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٣٨)، المبسوط (١٣/ ٦).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١٨٢)، مختصر القدوري (١/ ٧٨)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٠٠)، الهداية شرح البداية (٣/ ٢٥).

ولهذا إذا اشترى ثوبًا برقمه، لا يجوز[١]، وإن كان طريق العلم قائمًا، كذا هذا. ومسألة الشراء بوزن الحجر، ممنوعةٌ عند أبي حنيفة، فإن علم في المجلس ورضي به، جاز.

وإن علم به بعد الإفتراق من المجلس، لا يجوز؛ لأن ساعات المجلس جعلت؛ كساعة واحدة لا تتجزأ، فالعلم الحاصل في آخره؛ كالعلم الحاصل في أوله، بخلاف ما إذا افترقا؛ لأن الجامع وهو المجلس لم يوجد، وإنما شرطنا الرضا عند العلم في المجلس؛ لأنه الآن ظهر له حال المبيع، فيعتبر رضاه في ذلك الوقت، بخلاف ما إذا اشترى إلى الحصاد، أو إلى الدياس، أو بشرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام، ثم أسقطا في المجلس، أو بعده، قبل شروع الناس في الحصاد، وقبل مضى ثلاثة أيام، ينقلب جائزًا عندنا، خلافًا لزفر؛ لأن الفساد ههنا لشرط ملحق بالعقد، لا لجهالة تمكنت في صلب العقد، فإن الجهالة فيما نحن فيه تمكنت في صلبه، وهو الثمن أو المبيع[٢].

[الرجل يشتري الطعام كل قفيز بدرهم]

ولو اشترى كل قفيز من هذه الصبرة بدرهم، أو اشترى هذه الصبرة، كل قفيز منها بدرهم، ولم يذكر جملة القفزان، جاز البيع في قفيز واحد، عند أبي حنيفة، إلا أن يعلم جملة القفزان في المجلس، ويرضى به[٣].

---

(١) البيع بالرقم فاسد؛ لأن فيه زيادة جهالة تمكنت في صلب العقد، وهي جهالة الثمن برقم لا يعلمه المشتري، فصار بمنزلة القمار. ينظر: البحر الرائق (٥/ ٢٩٢).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٣٨)، بدائع الصنائع (٥/ ١٧٨)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٠١).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٣٨)، مختصر القدوري (١/ ٧٨)، المبسوط (١٣/ ٥)، بدائع الصنائع (٥/ ١٥٨)، الهداية شرح البداية (٣/ ٢٤).

وعند صاحبيه: جاز في الكل[١] قفيز بدرهم، بناء على ما ذكرنا أن المعتبر عندهما طريق العلم، وعنده: حقيقته، ثم عند أبي حنيفة، لما لم يجز البيع في الكل، صرفناه إلى الأدنى، وهو القفيز الواحد؛ لعدم الجهالة[٢] وإنما لم يجز في ذراع واحد في الفصل الأول؛ لأن في قطعه ضررًا، فأشبه بيع الجذع في السقف، وجاز ههنا في قفيز واحد؛ لأنه ليس في تمييزه ضرر.

[الإختلاف في مقدار الثمن عند وزن الزق]

اشترى سمنًا في زق[٣]، فردَّ الظرف، وهو عشره أرطال، فقال البائع: ليس هذا هو الظرف، وإنما كان خمسة أرطال، فالقول قول المشتري؛ لأن هذا اختلاف في الثمن؛ لأن البائع يقول: الثمن خمسة وتسعون درهمًا، والمشتري يقول: تسعون، فالبائع يدعي الزيادة، والمشتري ينكر، فكان القول قول المنكر[٤].

وكذلك إذا اختلفا في الظرف، والبائع يدعي أن الظرف غير هذا، والمشتري يقول: هو عينه، وكذلك في السمن المقبوض، فالقول قولُ المشترى؛ لأنه هو القابض والشيء في يده، فيكون القول / قوله؛ لأنه لا يخلو: إمَّا أن يكون أمينًا؛ كالمودع، أو ضمينًا؛ كالغاصب، وأيًّا ما كان، فالقولُ قولُه مع يمينه. والله أعلم. (١٩٨/أ)

❋ ❋ ❋

(١) الفتوى على قولهما. ينظر: المحيط البرهاني (٦/ ٣٣٦).
(٢) وجه قول أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن كلمة (كل) إذا دخلت على جملة لا يعلم منتهاها يتناول الواحد. ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٠٢)، العناية شرح الهداية (٦/ ٢٦٧).
(٣) الزّق لغة: هو السقاء، ونحوه من الظروف. ينظر: مختار الصحاح (١/ ١٣٦).
(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٣٩)، المبسوط (١٣/ ٢٨)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٠٥)، الهداية شرح البداية (٣/ ٤٨).

باب اختلاف البائع والمشتري

الأصل فيه:

أنَّ البينةَ حجةُ المدعي، واليمين حجةُ المنكر(١)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَاليمين عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»(٢).

والمعتبرُ في البينة: الإثباتُ من حيث الظاهرُ(٣)، وفي اليمين النفيُ حقيقةً(٤)؛ لأنَّ المتداعيين يقفان على الحقائق، والشهودُ لا يقفون إلا على الظواهر، فيعتبر في حقهم الظاهرُ.

وكلُّ واحدٍ من الخصمين أو أحدُهما، إذا اتَّصف بكونه مدعيًا ومنكرًا، يكون الأمران حجةً له. ومتى توجه اليمين عليهما، يبدأ بيمين أكثرهما إنكارًا، ومتى أقاما البينةَ، فالبينةُ من أكثرهما إثباتًا(٥).

---

(١) هذه القاعدة نصُّ الحديث النبوي. وهي من الأصول المهمة التي يرتكز عليها القضاء. ينظر: أصول الشاشي (١/ ٢٨١)، كشف الأسرار (٣/ ٣٨٩)، الفصول في الأصول للجصاص (٣/ ٣٨٨)، مجلة الأحكام العدلية (القاعدة: ٧٦).

(٢) الحديث بهذا اللفظ رواه عدد من الصحابة، منهم ابن عباس، وأبو هريرة، وعبدالله بن عمرو رضي الله عنهم، وأصح طرقه، ما أخرجه الْبَيْهَقِيّ في السنن الكبرى، كتاب: الدعوى والبينات، باب: البينة على المدعي، واليمين على من أنكر (١٠/ ٤٢٧ ح٢١٢٠١) من حَدِيث ابْن عَبَّاس رضي الله عنهما. وَأَصله فِي الصَّحِيحين، فقد أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: تفسير القرآن (٣/ ٣٥ ح٤٥٥٢)، ومسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب: اليمين على من أنكر (٣/ ١٣٣٦ ح١٧١١)، عن ابن عباس رضي الله عنهما لكن بلفظ: «اليمين عَلَى الْمُدعَى عَلَيْه».

(٣) لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال، فاعتبر الظاهر في حقهما، والبائع مدع ظاهرا، فلهذا تقبل بينته أيضا، وتترجح بالزيادة الظاهرة. الهداية شرح البداية (٣/ ١٦٣).

(٤) من القواعد الفقهية عند الحنفية ما ذكره ناظر زاده في كتابه ترتيب اللآلي (٢/ ١١٨٤): «اليمين أبدا يكون على النفي». المعنى: أن اليمين في الدعوى يكون أداؤها من المدَّعى عليه دائما على النفي.

(٥) وذلك لأنه تُثبِت مِلك الرقبة واليد، وبينة ذي اليد أقلُّ إثباتا؛ لأنها تثبت الملك لا اليد. تنظر =

[اختلاف البائع والمشتري في قدر المبيع أو الثمن]

فإذا عرف هذا نقول:

إذا اختلف البائعُ والمشتري في البيع أو الثمن، حال قيام السلعة، فادَّعى البائعُ أن الثمن ألفان، والمشتري أنه ألفٌ تحالفا[١]؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما مدعٍ من وجهٍ، منكرٌ من وجه، فالبائع يدعي زيادةً في الثمن، والمشتري ينكر، والمشتري يدعي تسليمَ المبيع إليه عند تسليم ما يقر به من الثمن، والبائع ينكر.

ويبدأ بيمين المشتري في قول أبي يوسف الأخير، وهو قول محمد، ورواية الحسن عن أبي حنيفة؛ لأنه أشدهما إنكارًا، فيحلف بأنه ما اشتراه بالثمن الذى يدعيه البائعُ[٢].

وإن نكل، لزمه دعوى البائع، وإن حلف، حلف البائع بالله ما باعه بالثمن الذي يدعيه المشتري، فإن نكل، لزمته دعوى المشتري، وإن حلف يفسخ القاضي البيع إذا طلبا، أو طلبه أحدُهما؛ لأنهما لمَّا تحالفا، بقي الثمن مجهولاً، وجهالته تفضي إلى المنازعةِ، فيفسخ القاضي البيع لقطع المنازعة، وقد انقطعت باتفاقهما على شيء، فلم تبق الحاجةُ إلى الفسخ، وأيهما أقام البينة، قبلت بينته؛ لأنها تثبت ما يدعيه، وإن أقاما البينةَ، فبينةُ البائع؛ لأنها أكثر إثباتًا[٣].

= القاعدة في:الهاية شرح البداية (٣/ ١٦٣)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ١١٩)، فتح القدير (٨/ ٢٢٤).

(١) جاء في شرح مختصر الطحاوي (٣/ ٨١): «وأما أصحابنا فإنهم قالوا: القياس أن يكون القول قول المشتري، لاتفاقهما على حصول السلعة للمشتري في عقد صحيح، والبيِّع مدعٍ لزيادة الثمن، فعليه البينة، والقول قول المشتري، إلا أنهم تركوا القياس للأثر».

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٠)، مختصر الطحاوي (١/ ٨٢)، المبسوط (١٣/ ٢٩)، بدائع الصنائع (٦/ ١٥٩).

(٣) ينظر : الهداية شرح البداية (٣/ ١٦٣) .

وإن هلكتِ السلعةُ في يد المشتري، أو خرجت عن ملكه، أو صارت بحال لا يمكن ردُّها بالعيب، ثم اختلفا في الثمن، فالقول قولُ المشتري، ولا يتحالفان في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف؛ إذا كان الثمنُ دينًا.

وعند محمد: يتحالفان[1]؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ، تَحَالَفَا وَتَرَادَّا»[2]، مطلقًا من غير فصل بين قيام السلعة، وهلاكها؛ ولأن كلَّ واحدٍ منهما يدَّعي عقدًا غيرَ الذي يدعيه الآخرُ، فالبائع يدَّعي البيع بألفين، والمشتري: ينكر، والمشتري يدَّعي البيع / بألفٍ، والبائعُ يُنكر، فيتحالفان، كما في حال قيام السلعة. (١٩٨/ ب)

ولنا: أن الدعوى إنما تعتبر لمقصودها، ومقصودُ البائعِ من دعواه الزيادةُ، ولم تحصل له، فمست حاجتُه إلى الدعوى.

ومقصودُ المشتري من دعواه، سلامةُ المبيع له ذاتًا ويدًا ووصفًا، وقد حصل ذلك بدون الدعوى، فلا تمس حاجتُه إلى الدعوى، فلا تعتبر دعواه فتلغى، فيبقى منكرًا حقيقةً، والبائع مدعيًا فيكون القولُ قولَ المنكر، فإن قيل: مقصودُ المشتري سلامةُ المبيع بأقل الثمنين، وأنه لا يحصل إلا بالدعوى.

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٠)، المبسوط (٦/ ٢٦٠)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٠)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٠٧).

(٢) بهذا اللفظ لم أجده. قال في التلخيص الحبير (٣/ ٤٨): أمَّا رواية التحالف، فاعترف الرافعي في (التذنيب) أنه لا ذكر لها في شيء من كتب الحديث، وإنما توجد في كتب الفقه. وأمَّا روايةُ التَّرَادِّ، فرواها مالكٌ، في المؤطأ، برواية محمد بن الحسن الشيباني (١/ ٣٧٨ ح٧٨٦) بلَاغًا عنْ ابْنِ مَسْعُودٍ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا بَيِّعَانِ تَبَايَعَا، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ، أَوْ يَتَرَادَّانِ» وَرَوَاهَا أَحْمَدُ، في مسنده، مسند عبدالله بن مسعود (٧/ ٤٤٧ ح٤٤٤٥)، وَابْنُ مَاجَهْ، كتاب التجارات، باب: البيعان بالخيار (٢/ ٧٣٧ ح٢١٨٦) بإِسْناد مُنْقَطِعٍ.

قلنا: لا حقَّ للمشتري في الثمن حتى تعتبرَ دعواه فيه؛ لأنه حقُّ البائع عليه، ومقصوده يحصل بإنكار الزيادة، فلا حاجة إلى الدعوى، وما روي وإن كان مطلقًا لفظًا، لكنه يقيَّد بقوله عليه الصلاة والسلام: «**إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ، وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ، تَحَالَفَا وَتَرَادَّا**»[(١)].

والحادثةُ واحدةٌ، والخبرانِ متَّى وَرَدَا في حادثةٍ واحدةٍ، أحدُهما مطلقٌ، والآخر مقيَّدٌ، يحمل المطلقُ على المقيد[(٢)]، كيف وفي آخر ما روي دليلُ التقييد، وهو قوله: «**تَحَالَفَا وَتَرَادَّا**»؛ لأنَّ الترادَّ لا يتحققُ إلا عند قيام السلعة[(٣)].

---

(١) الحديث أخرجه أصحاب السنن، وأحمد في مسنده، من حديث عبدالله بن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: فَإِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: «**إِذَا اخْتَلَفَ الْبَيِّعَانِ وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ، فَهُوَ مَا يَقُولُ رَبُّ السِّلْعَةِ، أَوْ يترادان البيع**». وفي لفظ: «**أو يَتَتَارَكَانِ**»، وزاد عبدالرحمن بن أبي ليلي: «**البيع قائم بعينه**»، وفي لفظ: «**السلعة**»؛ وأخرجه الإمام أحمد في مسنده، مسند عبدالله بن مسعود (٧/ ٤٤٥ ح٤٤٤٥)، والترمذي، أبواب البيوع، باب: ما جاء إذا اختلف البيعان (٢/ ٥٦١ ح١٢٧٠)، قال الترمذي: (**مرسل، فيه عون بن عبد الله لم يدرك ابن مسعود**)؛ وأخرجه أبو داود، باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائمٌ (٣/ ٢٨٥ ح٣٥١١) والنسائي، باب: اختلاف المتبايعين في الثمن (٧/ ٣٠٢ ح٤٦٨٦)، وابن ماجه، كتاب التجارات، باب: البيعان يختلفان (٢/ ٧٣٧ ح٢١٨٦). **قال الخطيب البغدادي، في كتابه(الفقيه والمتفقه)** (١/ ٢٧١): «**وإن كانت هذه الأحاديث لا تثبت من جهة الإسناد، لكن لما تلقتها الكافة عن الكافة عنوا بصحتها عندهم**». **قال الزيلعي في نصب الراية** (٤/ ١٠٦): «**وقال صاحب التَّنْقيح: والَّذي يظْهر أنَّ حديث ابْن مسعود بمجموع طُرُقه له أصل، بل هو حديث حسنٌ يُحْتَج به، لكنْ في لفظه اخْتلافٌ، واللهُ أَعلم**». **والحديث صححه الألباني بمجموع طرقه إلا زيادة**: «**البيع قائم بعينه**» فهي لم تثبت. ينظر: إرواء الغليل (٥/ ١٦٦، ١٧١).

(٢) يرى علماء الأصول من الحنفية: أنَّ المطلق لا يُحملُ على المقيَّد إذا كانا في حُكْمَيْنِ مختلفين، إذا ورد خطاب الشَّارع مُطْلَقًا في موضع ومُقيَّدًا في آخر، وكانا مُتَّحِدَين في السبب والحكم – كما في هذه الصُّورة– فإنَّه يُحْمَل المطلق على المقيَّد. وللتفصيل لهذه القاعدة الأصولية. ينظر: الفصول في الأصول للجصاص (١/ ٢٢٣)، أصول السرخسي (١/ ٢٦٧)، أصول البزدوي (٢/ ٢٧٨).

(٣) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/ ٨٢).

ولو هلكتِ الجاريةُ في يد المشتري، ثم اختلفا، فقال البائع: كان الثمنُ عينًا، وهو هذا العبدُ، وقال المشتري: بل كان دينًا، أوِ ادَّعى المشتري أن الثمنَ عينٌ، والبائع: أنه دينٌ، لا يلتفت إلى دعوى البائع[1]؛ لأنَّ المبيعَ هالكٌ في حقِّه، ولكن ينظر في دعوى المشتري، إن قال: إنه دينٌ، فالقول قولُه مع يمينه.

وإن قال: إنه عينٌ، تحالفا؛ لأنَّ المبيعَ في حقِّه قائمٌ، ولو تحالفا وهلك أحدُ العوضين في يد أحدِهما، ردَّ مثله إن كان مثليًّا، وقيمتَه إن لم يكن مثليًّا - يريد به إذا تحالفا وتفاسخا، ثم هلك أحدُ العِوضين في يد أحدهما- لأنَّ بالفسخ ارتفع العقدُ، وبقي القبضُ بلا عقدٍ، فأشبه المغصوبَ، والحكم في المغصوب هذا.

جئنا إلى مسائل الباب:

قال: رجلٌ اشترى عبدين فقبضهما، ثم مات أحدُهما، ثم اختلفا في الثمن، فالقولُ قولُ المشتري مع اليمين في قول أبي حنيفة، إلا أن يشاء البائعُ أن يأخذ الحيَّ، ولا شيءَ له[2].

وقال أبو يوسف: القولُ قولُ المشتري في حصة الهالك، ويتحالفان على القائم، وقال محمد: يتحالفان عليهما؛ لأن هلاك كلِّ السلعة لا يمنع التحالفَ عنده، فهلاكُ بعضِها أولى[3].

---

(١) الضابط في المسألة: إذا اختلف المتبايعان بعد أن تلف المبيع في يد المشتري، أو حدث فيه عيب، لا يجري التحالف، فيحلف المشتري فقط. ينظر: مجلة الأحكام العدلية (المادة: ١٧٨٢).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٣٩)، المبسوط (١٢/ ٢٠١)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٠)، الهداية شرح البداية (٣/ ١٦٢)، المحيط البرهاني (٦/ ٤٤٦).

(٣) ينظر:مختصر القدوري (١/ ٢١٧)، الهداية شرح البداية (٣/ ١٦٢)، المحيط البرهاني (٦/ ٤٤٧)، الاتيار لتعليل المختار (٢/ ١٢١).

وعند أبي يوسف، هلاكُ كلِّها يمنع التحالفَ في حق الكل، فهلاكُ بعضها يمنع في حق البعض.

ولأبي حنيفة، أن الشرع ورد بالتحالف حال قيامِ السلعة، وأنه اسمٌ للكلِّ دون البعض(١). وذكر في بيوع (الأصل)(٢): (**إلَّا أن يشاءَ البائعُ أن يأخذَ الحيَّ، ولا / يأخذُ من الميت شَيْئًا**). (١٩٩/أ)

وذكر الكرخيُّ: إذا اشترى عبدين، فهلك أحدهما، ثم اختلفا في الثمن، فالقولُ قولُ المشتري، ولا يتحالفان في قول أبي حنيفة، إلا أن يرضى البائعُ أن يأخذ الباقيَ، ولا يأخذ من ثمن الهالك شيئًا، ولم يذكر الكرخيُّ القبضَ.

وذكر في (الجامع الصغير): فإنه قال: اشترى عبدين وقبضهما، ثم مات أحدُهما، ولم يذكر الكرخيُّ لفظة: (الموت)، وذكر مكانها لفظة: (هلك)، ولم يذكر يمين المشتري، وذكر ههنا.

وذكر الكرخيُّ: (لَا يَتَحَالَفَانِ)، ولم يذكرهها، واختلفوا في المراد من قوله: (**ولا يأخذُ من الميت شيئًا**)، قال بعضهم: أراد لا يأخذ من ثمنِ الميت، وعليه نصَّ الكرخيُّ.

ويدلُّ عليه إطلاقُ ما ذكر ههنا، وهو قوله: (**ولا شَيء له**)؛ لأنه إذا لم يأخذ من ثمن الميت شيئًا لم يبق الميت مبيعًا، فيبقى الحي كل المبيع، فيتحالفان. وقال بعضهم: أراد به أن لا يأخذَ شيئًا مما يدعيه من الزيادة على ما يقر به المشتري.

(١) ينظر: الهداية شرح البداية (٣/ ١٦٢).
(٢) ينظر: الأصل (٢/ ٤٢٠).

وقد صحَّح في (**شرح الجامع الصغير**) هذا القولَ، وقال: البائع لا يترك ما يقر به المشتري من الثمن، ولو ترك، إنما يترك الزيادةَ التى ينكرها المشتري، فإذا تركها لا يتوجه على المشتري اليمين.

ثم اختلفوا في أن قوله: (**إِلَّا أن يشاء**)، ينصرف إلى التحالف، أو إلى يمين المشترى[1]، فمن قال: إن المراد من قوله: (**لا يأخذُ من الميت شيْئًا**)؛ أي: لا يأخذ من ثمنه شيئًا. قال: إن الاستثناء ينصرف إلى التحالف، فيصير تقديره، القول للمشتري ولا يتحالفان، إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي، ولا يأخذ من ثمن الميت شيئًا، فحينئذ يتحالفان؛ لما بيَّنا: أنَّ الحيَّ يكون كلَّ المبيع.

ومن قال: إن المراد أن لا يأخذ زيادة على ما يقر به البائع، قال: ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري، وقيل: هو الصحيح؛ لأنه ذكره عقيب يمين المشتري، فيصير تقديره: فالقولُ قولُ المشتري مع اليمين، إلا أن يشاء البائعُ أن يأخذ الحي، ولا يأخذ مما يدعيه من الزيادة على ما يقر به المشتري شيئًا، فحينئذ لا يحلف المشتري؛ لأنَّ اليمين إنما كانت تتوجه عليه لإنكاره هذه الزيادة، فإذا ترك البائع هذه الزيادة، لم تبق الدعوى، فلا يعتبر الإنكار، فلا يتوجه عليه اليمين.

واختلفوا في أن التحالف عليهما، أو على القائم، قال بعضهم: على القائم؛ لأنَّ التحالفَ للفسخ، والفسخُ إنما يرد على القائم دون الهالك.

والصحيح: أنهما يتحالفان عليهما؛ لأنَّ امتناعَ الفسخِ في حقِّ الهالكِ لا يمنع التحالفَ.

---

(١) تنظر المسألة في: المبسوط (١٣/ ٢١)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٠)، الهداية شرح البداية (٣/ ١٦٢)، البناية شرح الهداية (٩/ ٣٦٢)، حاشية ابن عابدين (٧/ ٤٧٣).

واختلفوا في تفسير قول أبي يوسف في التحالف، فالصحيح: أنه يبدأ بيمين المشتري، فيحلف بالله مَا اشتراهما / بالثمن الذي يدعيه البائعُ، فإن حلف، حلف البائع: بالله ما باعهما بالثمن الذي يدعيه المشتري، فإذا حلف فسخ القاضي البيع إذا طلبا أو طلبه أحدهما، ويأمر المشترى بردِّ القائم وحصة الهالك من الثمن، فيقسم الثمن على قيمتهما يوم قبضهما، فإن كانتا على السواء، سقط نصفُ الثمن بردِّ القائم، ولزمه النصف الآخر. (١٩٩/ب)

وإن اختلفا في قيمتهما يوم قبضهما، فادَّعى البائعُ الأكثر، والمشتري الأقلَّ من ذلك، فالقولُ قولُ البائع مع يمينه، وإن أقاما البينةَ، فالبينةُ أيضًا على قياس ما ذكر في بيوع (الأصل)[1]، فإنه قال: في رجل اشترى عبدين وقبضهما، فرد أحدهما بالعيب، ثم هلك الآخر، ثم اختلفا في قيمته، فالقول قولُ البائع مع يمينه؛ لأنهما اتفقا على وجوب الثمن، والمشتري بدعواه نقصان القيمة يدعي سقوط بعض الثمن، والبائع ينكر، فكان القولُ قولَه، فإن أقاما البينةَ، فالبينةُ بينته أيضًا؛ لأنه مدعٍ من حيث الظاهرُ؛ لأنه يدعي زيادةَ القيمة، والمعتبرُ في البينة الإثباتُ من حيث الظاهرُ، لما مرَّ أنَّ الشهود لا يقفون إلا على الظواهر، ويكون صادقًا فيه[2].

[من اشترى جارية وقبضها، ثم تقايلا، ثم اختلفا في الثمن]

اشترى جاريةً وتقابضا ثم تقايلا، ثم اختلفا في الثمن، وتحالفا، فسخ القاضي الإقالة ويعود البيع[3].

---

(١) (٢/٤٤٦).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٠)، الهداية في شرح البداية (٣/ ١٦٣)، المحيط البرهاني (٦/٤٤٨)، درر الحكام (٢/ ٣٤١).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤١)، مختصر الطحاوي (١/ ٨٨)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٢٤)، بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٩).

والشرع وإن ورد بالتحالف في البيع، والإقالة ضده، لكنها بمعناه فيما يبنى عليه التحالف، ألحقت به.

وبيانه: وهو أنَّ الشرع إنما ورد بالتحالف، ثمَّ لأنَّ كلَّ واحد منهما مدعٍ من وجهٍ ومنكرٌ من وجهٍ؛ لأنَّ البائعَ يدعي الزيادةَ في الثمن، والمشتري ينكر، والمشتري يدعى تسليمَ المبيعِ عند تسليم ما يقر به من الثمن، والبائع ينكر، وهذا المعنى موجودٌ في الإقالة، فإن المسألةَ موضوعةٌ فيما إذا اختلفا في الثمن قبل قبض البائعِ الجاريةَ بحكم الإقالة.

[الإقالة في السلم بعد الاختلاف في رأس المال]

رجلٌ أسلم عشرةَ دراهم في كُر حنطة، وتقايلا، ثم اختلفا في رأس المال، فالقولُ قولُ المسلم إليه، ولا يعود السلم؛ لأن السلم دينٌ، وإنه ساقطٌ، فلا يحتمل[1] الفسخ والعود، بخلاف المسألة الأولى، فإن المبيعَ ثم عينٌ، وإنه يحتمل الفسخ والعود[2].

ولو اختلفا في الأجل، فادَّعى البائعُ أن الثمنَ حالٌّ، والمشتري أنه مؤجلٌ إلى شهر، أوِ ادَّعى البائعُ الأجلَ إلى شهر، والمشتري إلى شهرين، فالقولُ قولُ البائعِ مع يمينه في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف[3]؛ لأن المشتريَ يدعي حقَّه على البائع، وهو الأجلُ، والبائعُ ينكره، فكان القولُ قولَه بالنصِّ.

---

(١) أي: السلم.

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤١)، المبسوط (١٢/ ١٥٧)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٢٤)، الهداية شرح البداية (٣/ ١٦٣)، المحيط البرهاني (٧/ ١٠٧).

(٣) لأن من يدعي الحلول يتمسك بالأصل؛ لأن الحلول في الديون أصل؛ لأنه ثبت من غير شرط والأجل عارض، والقول قول من يدعي الأصل، ولا يتحالفان؛ لأن الاختلاف وقع فيما ليس من نفس العقد، وهو الأجل، وجريان التحالف عرف بالنص فيما إذا كان الاختلاف واقعاً في نفس العقد ولم يوجد. ينظر: مختصر القدوري (١/ ٢١٧)، المحيط البرهاني (٦/ ٤٥٦)، تبيين الحقائق (٤/ ٣٠٦)، الجوهرة النيرة (٢/ ١٨٥).

وعند محمد: يتحالفان؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ تَحَالَفَا**»[1].

قلنا: يقيد هذا الثمن، والأجل غيره، فلم يتناوله النص. / (٢٠٠/ أ)

❊ ❊ ❊

(١) تقدم تخريجه ص(٣٨٦).

باب الخيار[1]

[أنواع الخيار في البيع]

الخيارُ ستةٌ: خيارُ القبول، وخيار الإجازة، وخيار العيب، وخيار الرؤية، وخيار الشرط، وخيار التعيين. ومسائل الباب تتعلق بثلاثةٍ منها، وهي: خيار الرؤية، وخيار الشرط، وخيار التعيين. فخيار الرؤية، وخيار الشرط، لا يُوَرَّثُ[2] عندنا، خلافًا للشافعي[3].

وخيار التعيين: يورث[4]. فيجعل الباب على فصول ثلاثة:

الفصل الأول: في خيار الرؤية

والأصل فيه: قوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنِ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَآهُ»[5]، أشار إلى أن البيع جائزٌ غيرُ لازم، وله الخيار إذا رآه، يعني- له أن يختار

(١) الخيار لغة: اسم بمعنى طلب خير الأمرين، إما إمضاء البيع، أو فسخُه. ينظر: المغرب (١/ ١٥٧)، مختار الصحاح (١/ ٩٩).

(٢) أجمع فقهاء الحنفية على أن خيار القبول، وخيار الشرط، وكذا خيار الإجازة في بيع الفضولي، لا يورَّث؛ لأنه حقٌّ شخصي خاص بصاحبه، ولا يتصور انتقال ذلك من شخص إلى آخر، وأجمعوا على أن خيار العيب، وخيار التعيين، يورَّث إجماعًا. ينظر مسألة الإجماع في: النتف في الفتاوى (١/ ٤٤٩)، تحفة الفقهاء (٢/ ٧٢)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٦٨).

(٣) ينظر: الأم (٣/ ٥، ٧٥)، الحاوي الكبير (٥/ ٤١، ٣٢٥)، المهذب (٢/ ٦)، نهاية المطلب (٧/ ٤٢٢)، المجموع (٩/ ٢٠٦)، أسنى المطالب (٢/ ٤٩).

(٤) ينظر: الهداية شرح البداية (٣/ ٣١)، تبيين الحقائق (٣/ ٢١)، المختار لتعليل المختار (٢/ ١٣).

(٥) هذا الحديث روي مسندًا ومرسلًا، فالمسند رواه الدارقطني، في السنن، كتاب البيوع (٢/ ٣٨٢ ح٢٨٠٥)، من طرق عن أبي هريرة صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال الدارقطني: (عمر بن إبراهيم يقال له: الكردي يضع الأحاديث، وهذا باطلٌ، لا يصح لَمْ يَرْوها غيره، وإنما يروى عن ابن سيرين من قوله). والمرسل، رواه الدارقطني، كتاب البيوع (٢/ ٣٨٢ ح ٢٨٠٣)، والبيهقي=

البيع ويرضى به، وله أن يردَّه- فإن رضي قبل الرؤيةِ وأجازه، لم يجز؛ لأنه مبنيٌّ على الرضى، والرضى على العلم بأوصاف المبيع، وأنه لا يتحقق قبل الرؤية، فإن فسخ قبلها، جاز؛ لأنَّ سبب ثبوته عدمُ لزوم العقد لاختلال الرضى، وأنه غير لازم قبل الرؤية، فملك فسخه كالعارية، فإنها لمَّا لم تكن لازمةً ملك فسخها متى شاء.[1]

والوكيل بالقبض إذا قبضه مكشوفًا، وهو يراه وينظر إليه، يبطل خياره عند أبي حنيفة، خلافًا لصاحبيه، ومتى ثبت له الخيار، لا يملك إسقاطَه صريحًا، بأن يقول: أسقطت حقِّي في الخيار؛ لأنه شيء ثبت له شرعًا بدون اختياره، فلا يملك إسقاطه قصدًا لحقِّ الرجعة، لما ثبت له شرعًا، لا يملك إسقاطه، بقوله: أسقطت حقِّي والرجعة، وإنما يسقط حقه في الخيار ضرورة تعذر الفسخ، ولزوم البيع، حتى إنه لو باع، أو وهب، أو أعتق، أو دبّر، بطل خياره؛ لأن في بعضها تعذرَ فسخه أصلاً؛ لأنَّ العتق لا يقبل الفسخ، وفي بعضها تعذر الفسخ بدون رضى الآخر، فلم يبق في الخيار فائدةٌ، فسقط، فلزم البيع ضرورة[2].

والأعمى؛ بمنزلة البصير الذي لم يره[3]، فثبت له الخيار، وأقصى ما يمكن في حقه من سبب المعرفة يقام مقام الرؤية لمكان الحاجة.

= في السنن الكبرى، باب: من قال يجوز بيع العين الغائبة (٥/ ٤٣٦ ح١٠٤٢٥)، وأعلاه بالإرسال. كما ضعفه الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٩)، وابن حجر في الدراية (٢/ ١٤٨).

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤١)، مختصر القدوري (١/ ٨٦)، تحفة الفقهاء (٢/ ٤٦)، بدائع الصنائع (٥/ ١٦٣)، الهداية شرح البداية (٣/ ٣٤).

(٢) ينظر: أصول السرخسي (١/ ١٣٣)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٢)، الهداية شرح البداية (٣/ ٣٤).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٢)، مختصر القدوري (١/ ٨١)، تحفة الفقهاء (٢/ ٩١)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٨)،

فإذا عرف هذا نقول:

[من اشترى ما لم يره]

قال: رجلٌ اشترى طعامًا لم يره، وقال: رضيت به، ثم رآه فلم يرض به، فله أن يرده ، وإن فسخه قبل الرؤية، ليس له أن يجيزه بعد ذلك؛ لما بيَّنا: أن الإجازة قبل الرؤية، لا تجوز[١]، والفسخ يجوز[٢].

[الوكيل بالقبض هل يملك إبطال حق الرؤية]

ولو وكَّل وكيلاً بقبضه، فقبضه مكشوفًا وهو يراه وينظر إليه، فليس له أن يردَّه إلا من عيب عند أبي حنيفة؛ لما بيَّنا: أن عنده الوكيل يملك إبطال الخيار مقتضى تتمّة القبض. وعند صاحبيه: له أن يردَّه؛ لأن عندهما لا يملك[٣].

لهما: أنه وكله بالقبض، والإبطال / غيره، فلم يتناوله التوكيل، ولهذا إذا أرسل رسولاً ليقبضه له، فقبضه مكشوفًا وهو يراه، وينظر إليه، له أن يردَّه، ولهذا لا يملك الوكيل إبطالَ خيار الشرط وخيار العيب، ولهذا لا يملك إبطاله قصدًا. (٢٠٠/ب)

ولأبي حنيفة: أن التوكيل بالقبض المطلق، يتناول القبض التام، فملكه وما هو من تتماته كالوكيل في الخصومة بالدين، يملك قبض الدين[٤]، وإن لم يكن القبض من الخصومة، لكن لما كان من تمامها ملك، فكذا ههنا الإبطال، وإن لم يكن من القبض، لكن لما صار من تمامه ملك، فيبطل الخيار مقتضى إتمامه؛

(١) تقدم ذلك في بداية الباب .
(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤١)، تحفة الفقهاء (٢/ ٨٢)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٥)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣١٤).
(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤١)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣١٤)، المحيط البرهاني (٦/ ٥٤١)، العناية شرح الهداية (٦/ ٣٤٦).
(٤) وهو ظاهر الرواية عند الحنفية. ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣١٤).

لأن الخيار يمنع تمام القبض، ويحرم تفريق الصفقة[١].

[نظر الوكيل كنظر المشتري في خيار الرؤية]

فإذا قبضه مكشوفًا وهو يراه وينظر إليه، فقد رضي به؛ لأن قبضه على هذا الوجهِ دليلُ الرضا به، فيبطل خيارَه مقتضى تتمةِ القبض، بخلاف الرسول، فإنه نائبٌ محضٌ، فيصير فعله كفعل المرسل[٢]؛ فيصير كأن المرسل قبضه بيد الرسول، فيكون إتمام القبض إلى المرسل دونه، بخلاف الوكيل، فإنه مالك للقبض أصل فيه، لكن حكم القبض ينتقل إلى الموكل، وإنما لم يملك إبطال خيار الشرط؛ لأن إبطاله ليس من تتمَّات القبض؛ لأن قبضه لا يدلُّ على الرضى؛ لأن شرط الخيار شرع للاختيار في المدة، والقبض وسيلةٌ إلى الاختيار، فلا يكون دليل الرضى؛ لأن الاختيار يقع بعد القبض، والرضى بعد الاختيار، وإنما لا يملك إبطال خيار العيب؛ لأن إبطاله ليس من تتماته؛ لأنه لما اشتراه، رأى المبيع ورضي به واستحق المبيع بصفة السلامة، ولهذا خيارُ العيب لا يمنع تمامَ الصفقه، وإنما يثبت له الخيار إذا وجد به عيبًا لفوات الوصف المستحق، وهو السلامة[٣].

وقوله: (إِلَّا مِن عَيبٍ)، يحتمل أنه أراد به إلا من عيب لم يعلم به الوكيل، حتى إنه إذا علم به الوكيل حين قبضه، ليس له أن يرده بالعيب؛ كذا ذكره الفقيه أبو جعفر[٤]،

---

(١) وردت هذه القاعدة بنحو هذا اللفظ في كثير من كتب الفقه وقواعده، وممن ورد بنحوها: (تفريق الصفقه قبل القبض لا يجوز). وفي لفظ: (تفريق الصفقه قبل تمامها، باطل). ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٦٩)، كشف الأسرار (٣/ ٣٧٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ١٧٨).

(٢) أي: للموكل بعد قبض الوكيل.

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٢)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣١٤).

(٤) هو: محمد بن عبد الله بن محمد بن عمر الهنداوي، أبو جعفر، فقيه من مشايخ بلخ، تفقه على أستاذه المعروف بالأعمش. له مصنفات منها: شرح أدب القاضي لأبي يوسف، والفوائد الفقهية ووكشف الغوامض في فروع الفقه. توفي سنة (٣٦٢هـ). ينظر: طبقات الحنفية، لابن الحنائي (١/ ١٨١)، معجم المؤلفين (١٠/ ٢٤٤).

ومنع مسألة خيار العيب، والصحيح: التسليم والفرق الذي ذكرنا[١].

[ما يثبت للمشتري من الخيار بعد التصرف في بعض المشتري]

رجل اشترى عِدلَ[٢] زُطِّيٍّ[٣] لم يره، فوهب بعضه و باعه، سقط خياره، وليس له أن يردَّه إلا بعيب؛ لأن تصرفه صادف ملكه فنفذ، فيتعذر فسخه بدون رضى الآخر، فبطل خياره، ولزم البيع فيه، فلزم في الباقي ضرورة، أنه لو لم يلزم رده، فيؤدي إلى تفريق الصفقه[٤].

[بيع الأعمى شراؤه خياره]

بيع الأعمى وشراؤه، جائز، وهو بمنزلة البصير الذى لم يره، وجسه[٥] فيما يجس وذوقه فيما يذاق، ولمسه فيما يلمس؛ بمنزلة رؤيته / حتى إنه لو وجدت هذه الأشياء قبل الشراء، لا يثبت له الخيار، كما لو رأى، ثم اشترى.[٦] (٢٠١/أ)

ولو وجدت هذه الأشياء بعد الشراء ورضي به، يبطل خياره، كما لو رآه بعد ما اشترى، وفيما لا تتأتى فيه هذه الأشياء؛ كالعقار، فعند أبي حنيفة يُوكِّل وكيلاً بقبضه، فيقبضه له وهو يراه وينظر إليه، فيبطل خياره.

---

(١) ينظر: المحيط البرهاني (٦/ ٥٤١)، العناية شرح الهداية (٦/ ٣٤٥)، البناية شرح الهداية (٨/ ٩٢)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٥٩).

(٢) العِدل- بالكسر- المثلي، ومنه عدل المتاع. ينظر: جمهرة اللغة (٢/ ٩٤٦).

(٣) الزُّطي لغة: جيل من الناس. وفي المغرب: جيل من الهند ينسب إليهم الثياب الزُّطِّيَّةُ، وقيل: جيل من الناس بسواد العراق. ينظر: المغرب (١/ ٢٠٨).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٢)، مختصر القدوري (١/ ٨١)، المبسوط (١٣/ ٧٤)، شرح الجامع الصغير (١/ ٣١٦)، الهداية شرح البداية (٣/ ٣٦).

(٥) الجس لغة: من جسّ الشيء بيده ولمسه بيده. ينظر: لسان العرب (٦/ ٣٨).

(٦) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٢)، شرح مختصر الطحاوي (٣/ ٩٢)، مختصر القدوري (١/ ٨١)، المبسوط (١٣/ ٧٧)، بدائع الصنائع (٥/ ١٦٤).

وعند صاحبيه: يوصف له وصفًا بليغًا؛ لأنه أقصى ما يقع له به المعرفة، فإذا رضي به بعدما وصف له، يبطل خياره[١].

وعن أبي يوسف، شيء لم يذكر في (المبسوط)، وهو أنه إذا وقف الأعمى في موضع لو كان بصيرًا لرآه ورضي به، يبطل خياره؛ لأنه يُشبَّه بالرائي، والشبه تقام مقام الحقيقة للحاجة[٢]، فكذا هذا.

ولنا: أن الشبه لا أثر له في العلم أصلاً، وما ذكرنا من الأشياء سبب العلم، لكنه قاصر في مقابلة الرؤية، واعتبار الحقيقة القاصرة أولى من اعتبار الشّبه.

الفصلُ الثَّاني: في خيار الشرط

الأصل فيه: وهو أن شرط الخيار لا يلائم مقتضى العقد؛ لأنَّ قضيته لزومُ البيع، لكن الشرع ورد به للحاجة إلى دفع الغير بواسطةِ التروي، والتفكر؛ لما روي عن حبان بن منقذ الأنصاري[٣] أنه كان يغبن في البياعات، فقال له

---

(١) ينظر: مختصر القدوري (١/ ٨١)، شرح الجامع الصغير (١/ ٣١٧)، البناية شرح الهداية (٨/ ٩٥).

(٢) قاعدة فقهية وردت في كتب الفقه وقواعده، نص عليها ابنُ نجيم في أشباهه بلفظها (١/ ٦١)، وابن الهمام في فتح القدير (٦/ ٣٤٩) بزيادة: (عند العجز)، والعيني في البناية شرح الهداية (٨/ ٩٥).

(٣) هو: الصحابي الجليل حَبَّان بن منقذ بن عمرو بن عطية بن خنساء الأنصاري، الخزرجي، له صحبة وشهد أُحدًا وما بعدها، واختلف في القصة، هل وقعت له، أو لأبيه منقذ بن عمرو، والأخير هو الأشهر، ذكره ابن الملقن في خلاصة البدر المنير (٢/ ٦٦). روى عنه ابنه واسع= = بن حبان، توفي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في خلافة عثمان بن عفان رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. ينظر ترجمته في: الاستيعاب (١/ ٣١٨)، أسد الغابة (١/ ٦٦٦)، الاصابة (٢/ ١٠).

النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ: لاَ خِلاَبَةَ[١]، وَلِيَ الْخِيَارُ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ»[٢]. فيقتصر على مورده.

ولهذا قال أبو حنيفة، وزفر: إذا شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام، لم يجز[٣]، وعند صاحبيه: يجوز؛ لأنَّ الحاجةَ كما تمس في الثلاثة، تمس فيما وراءها، لاختلاف الناس في الذَّكاء والهداية. وإن أسقطا الخيار قبل مضي الثلاثة، جاز عندنا، خلافًا لزفر[٤].

وخيار البائع يمنع خروجَ المبيع عن ملكه، وخيار المشتري لا يمنعه، ويمنع دخولَه في ملك المشتري عند أبي حنيفة[٥].

وعند صاحبيه: لا يمنع؛ لأنه شرع نظير للمشتري، ومن تمام النظر أن يدخلَ

---

(١) خلابة: بِكسر الْخاء الْمُعجمة وَتتخْفِيفِ اللاَّم بَعْدها موَحَّدَةٌ، أَي: لا خديعة ولا غَبْن لِي في هذَا الْبَيْع. ينظر: النهاية في غريب الحديث (٢/ ٥٨).

(٢) الحديث أخرجه البخاري في الجامع، كتاب البيوع، باب: ما يكره من الخداع (٣/ ٦٥ ح٢١١٧)، ومسلم في كتاب البيوع، باب: ما يخدع في البيع (٣/ ١١٦٥ ح١٥٣٣) بدون زيادة «ولي الخيار ثلاثة أيام»، وأخرجه بالزيادة المذكورة ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب: الحجر على من يفسد ما له (٢/ ٧٨٩ ح٢٣٥٥). قال البوصيري في مصباح الزجاجة (٣/ ٥٢): «هذا إسناد ضعيف لتدليس ابن إسحاق»، والدارقطني، في سننه، كتاب البيوع (٤/ ١٠ ح٣٠١١)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب البيوع، باب: الدليل على أنه لا يجوز شرط الخيارفي البيع أكثر من ثلاثة أيام (٥/ ٤٤٩ ح١٠٤٥٩)، وسنده حسن. ينظر: عون المعبود شرح سنن أبي داود (٩/ ٢٨٧).

(٣) ينظر: النتف في الفتاوى (١/ ٤٧٤)، المبسوط (١٣/ ٤٢)، تحفة الفقهاء (٢/ ٦٦)، الهداية شرح البداية (٣/ ٢٩).

(٤) ينظر: مختصر القدوري (١/ ٨٠)، المبسوط (١٣/ ٤٢)، بدائع الصنائع (٥/ ١٧٤)، الهداية شرح البداية (٣/ ٢٩)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ١٢).

(٥) ثمرة هذا الخلاف عند فقهاء الحنفية: أن المشتري إن اشترى قريبه بالخيار، لا يعتق عند أبي حنفية، وزفر، في أيام الخيار، خلافًا لهما. ينظر: تحفة الفقهاء (٢/ ٧٧)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٦٤-٢٦٥)، المحيط البرهاني (٦/ ٥٢٥).

البيع في ملكه ولا يدخلَ الثمنُ في ملك البائع.

ولنا: أن الشرط دخل في حكم البيع، فتأخر وجوبُ الثمن بالإجماع، فينبغى أن يتأخر ثبوت الملك في البيع للمشتري بتسوية بينهما في عقد يقتضيها، ومن له الخيار إذا اختار في الثلاثة بغير محضر من صاحبه، جاز بالإجماع، وإن فسخ بغير محضره، لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: يجوز اعتبارًا بالإجارة.

ولنا: أن في فسخه إلزامَ حكم الفسخ، فلا يملك ذلك بدون علمه؛ كعزل الوكيل /، والشرط: علمه دون حضرته، حتى إنه لو فسخ وهو غائب فبلغه في الثلاثة تم الفسخ، وإن بلغه بعد الثلاثة تم البيع. (٢٠١/ب)

فإذا عرف هذا نقول:

[نقض البيع وحضور المتعاقدين]

رجلٌ باع [عبداً][١] على أنه بالخيار ثلاثةَ أيام، فقال في الثلاثة رددت بغير محضر[٢] من المشتري، لم يكن ردًّا في قول أبي حنيفة ومحمد، وفي قول أبي يوسف: هو نقض[٣].

وعلى هذا الخلاف إذا كان الخيار للمشتري، فقبضه حال غيبة صاحبه؛ لما مرَّ: أن من له الخيار إذا أجاز في المدة غير محضر صاحبه، جاز بالإجماع، وإن فسخ بدون حضرته، لم يجز عندهما، خلافًا لأبي يوسف، لما بينا[٤].

---

(١) سقط. وما أثبته موافق لمتن الجامع الصغير (١/ ٣٤٣).

(٢) المراد بالحضرة هو العلم لا نفس الحضرة.

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٣)، مختصر القدوري (١/ ٨٠)، تحفة الفقهاء (٢/ ٧٩)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٢١).

(٤) تقدم.

[خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه]

وإن مات في يد المشتري في الثلاثة[(١)]، فعليه قيمته[(٢)]، وإن مات بعدها[(٣)]، فعليه[(٤)] ثمنه[(٥)]، هذا إذا كان الخيار للبائع؛ لأن خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه، فمات، ملكُه في يد المشتري، فانتقض البيع، وإنما وجبت عليه القيمة؛ لأن قبضه بجهة البيع، فأشبه المقبوضَ على سوم الشراء، والمقبوض على سوم الشراء مضمونٌ بالقيمة[(٦)]، فكذا هذا، حتى إنه لو مات في يد البائع، ينفسخ البيع، ويسقط الثمنُ؛ لأنه عجز عن تسليمه فلا يجب على المشتري تسليمُ الثمن؛ لأن البيع عقدُ معاوضة يقتضى تسليمًا بإزاء تسليم، فينفسخ البيع ضرورة، أن لا فائدة في بقائه، وإنما لزمه الثمن، إذا مات بعد المدة؛ لأنه بمضي المدة قبل الفسخ، لزم البيع، فلزمه الثمن[(٧)].

وإن كان الخيار للمشتري، فمات في الثلاثة، أو أجاز البيع، أو لم يقل شيئًا حتى مضت الثلاثةُ، تم البيع ولزم الثمن.

---

(١) أي: العبد .
(٢) لأنَّه لم يُنْفذ الْبيع، ولا نفاذ للتَّصرُّف بدون المِلك.
(٣) أي: بعد مدة الخيار .
(٤) أي: المشتري.
(٥) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٣)، مختصر القدوري (١/ ٨٠)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٢١)، كنز الدقائق (١/ ٤١١).
(٦) قاعدة فقهية. والمعنى: أن المبيع إذا قبضه المشتري المساوم، وهو راض بالثمن المسمى، ولكنه أجلّ قرار الشراء، وإتمام العقد إلى وقت لاحق، فهذا المبيع مقبوض على سوم الشراء، والحكم فيه عند الهلاك: هو لزوم ضمان المشتري لبدله، وهو ما يستحق من غير زيادة أو نقصان، إن كان قيميًا وما يماثله إن كان مثليًا. ينظر: المبسوط (١٣/ ٧)؛ تحفة الفقهاء (٢/ ٧٤)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/ ٣١٤)، ترتيب اللآلي (٢/ ١٠٧٠).
(٧) ينظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/ ١٤)، مختصر القدوري (١/ ٨٠)، المبسوط (١٣/ ٤٧)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٢).

[مدة خيار الشرط]

وإن شرطا الخيارَ أكثر من ثلاثة أيام، لم يجز في قول أبي حنيفة، وزفر[١]، وعند أبي يوسف ومحمد: إذا شرطا الخيارَ عشرةَ أيام، أو أكثر، جاز[٢]، بناءً على ما ذكرنا أن شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام، لا يجوز

عند أبي حنيفة وزفر، وعند أبي يوسف ومحمد: يجوز إذا كانتِ المدةُ معلومة[٣]؛ لما بينا.

وإن أسقط في الثلاثة، أو أجاز، ينقلب جائزًا عند أبي حنيفة، خلافًا لزفر؛ لأنَّ البيع فسد بالإجماع، فلا يعود جائزًا بحذف المفسد؛ كما إذا باع درهمًا بدرهمين، ثم أسقط الدرهم الزائدَ.

ولنا: أن هذا الشرط ما كان مفسدًا لذاته، وإنما كان مفسدًا لإفضائه إلى الجهالة المفضية إلى المنازعة، فإذا أسقطه قبل مضي الثلاثة، أو قبل شروع الناس في الحصاد في بعض المواضع، ظهر أنه ما كان مفضيًا، وما كان مفسدًا، وأن البيع ما كان فاسدًا، لا أنه كان فاسدًا، ثم عاد جائزًا.

قوله: (فسد بالإِجْماع)[٤] / ممنوع، وبيانه: وهو أن البيع موقوفٌ، وهو اختيار أئمة خراسان، ورواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة نصًّا، وفي بيع الدرهم بالدرهمين، إذا حذف الدرهم الزائد، جاز في رواية الكرخي، فمنع على

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٥)، شرح مختصر الطحاوي (٣/ ١٣)، مختصر القدوري (١/ ٨٠)، تحفة الفقهاء (٢/ ٦٥)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٥٧).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٢٤)، النتف في الفتاوى (١/ ٤٤٦)، مختصر القدوري (١/ ٨٠)، النهر الفائق (٣/ ٣٦٥).

(٣) ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٢٢).

(٤) أي: قول زفر السابق.

قوله[1]. ولو باع على أنه إن لم ينقده الثمن إلى ثلاثة أيام، فلا بيع بينهما، فالبيع جائزٌ استحسانًا[2]. (٢٠٢/أ)

والقياس: أن لا يجوز، وهو قول زفر والشافعي[3]؛ لأنه علق الإقالة بالشرط[4]، فلا يجوز كما إذا علق البيع به.

ولنا: أنه بمعنى شرط الخيار، والشرع ورد به، مع أنه لا يلائم مقتضى العقد، لحاجة الناس إلى دفع الغير بواسطة التروي، والتفكر، في أنه هل يصلح له هذا المبيعُ [أم] لا؟ والحاجةُ ههنا حاجةٌ إلى التروي والتفكر في المدة، ليعلم أنه هل يقدر على نقد الثمن أم لا؟ فألحق به[5].

---

(١) ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٢٣).

(٢) وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه رَحِمَهُمُ اللَّهُ. ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٣)، المبسوط (١٣/ ١٧)، بدائع الصنائع (٥/ ١٧٥)، الهداية شرح البداية (٣/ ٣٠)، المحيط البرهاني (٦/ ٤٨٦).

(٣) قال النووي رَحِمَهُ اللَّهُ في بيان المذهب في المجموع (٩/ ١٩٣): «ففيه وجهان: أحدهما يصح العقد، والثاني: وهو الصحيح باتفاقهم، وبه قطع الرُّويَانِيُّ، وغيره أن البيع باطل؛ لأن هذا ليس بشرط خيار، بل هو شرط مفسِد للبيع؛ لأنه شرط في العقد شرطًا مطلقًا، فأشبه ما لو باع بشرط أنه إن قدم زيد، فلا بيع بينهما».

(٤) وهو عدم النقد.

(٥) جاء في درر الأحكام (٢/ ١٥٢): «قد عرفت أن النص الوارد في شرط الخيار مخالف للقياس، وقد تقرر في كتب الأصول: أن ما ثبت على خلاف القياس، فغيره لا يقاس عليه، ودفعه أن المقرر في كتب الأصول، عدم جواز القياس الجلي على ما ثبت بخلاف القياس الخفيِّ، إذ قد تقرر فيها أيضًا جواز إلحاق حكم ثبت على خلاف القياس بغيره بطريق دلالة النص، وبطريق الاستحسان الذي هو القياس الخفيّ وكل منهما محتمل ههنا». وقد سبق توثيق هذه القاعدة ص(٣٣٩) .

ولو شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام، لم يجز عند أبي حنيفة، إلحاقًا بأصله، ويجوز عند محمد، إلحاقًا بأصله[١]، وعند أبي يوسف: يفسد ههنا، ويجوز، ثَمَّ؛ لأن الشرعَ ورد بشرط الخيار على خلاف القياس، كما قال أبو حنيفة، إلا أنَّا عدلنا عنه[٢]، ثَمَّ؛ لحديث عبدالله بن عمر[٣]، فإنه ورد ثمّ، ولم يرد ههنا، فبقي على الأصل.

[النيابة في خيار الشرط]

رجلٌ اشترى وشرط الخيار لغيره، جاز عندنا، وعند زفر، لا يجوز؛ لأنه من أحكام العقد، فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد، كما إذا اشترى وشرط الملك لغيره، أو وجوب الثمن على غيره[٤].

ولنا: أنه يجوز إثباته بطريقة النيابة، فلما أقدم على إثباته لغيره، ولا صحة له إلا بإثباته لنفسه، فيثبت له الخيار مقتضاه سابقًا عليه تصحيحًا لتصرفه، إلا أن زفر لا يقول بالمقتضى[٥]، فلهذا لم يجوِّزه، فإذا ثبت الخيار لهما، فأيهما أجاز،

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٤).

(٢) من الأصول المقررة عند فقهاء الحنفية: (أن قول الواحد من الفقهاء من الصحابة مقدم عندهم على القياس؛ لأن قوله بخلاف القياس؛ كروايته عن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ينظر: أصول السرخسي (٢/ ١٠٥، ٣٤٢)، كشف الأسرار (٢/ ٢٢٣)، فتح القدير (٧/ ٩١)، قواعد الفقه لمحمد عميم (١/ ٤٣).

(٣) الحديث أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب: البيوع (٤/ ١١ ح٣٠٢١) عن ابْنَ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا: «باع ناقةً له من رجل، بشرط أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام، فلا بيع بينهما». ولمْ يُنْكرْ عليه أحد منْ الصَّحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ. وروي عن ابن عمر مرفوعًا (الخيار ثلاثة أيام). وضعفه الألباني في ضعيف الجامع الصغير (١/ ٤٣٣).

(٤) ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٢٢)، الهداية شرح البداية (٣/ ٣١)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ١٤).

(٥) قاعدة أصولية سبق توثيقها في كتاب الأيمان، مسألة:الرجل يحلف فينوي التخصيص، ص (١٣٢)

أو فسخ، جاز لصدوره عن ولاية، وإن أجاز أحدهما، وفسخ الآخر، جاز للسابق منهما؛ لأنه لا مزاحم له حين وجوده، وإن وجدا معًا، ذكر في بيوع **(الأصل)**[1] جاز فعل المشتري فسخًا كان، أو إجازة. وذكر في كتاب **(المأذون)** : يجوز الفسخُ، سواء وجد من الوكيل أو من الموكل[2].

وجه رواية البيوع وهو: أن ولاية الموكل ولايةُ ملكٍ، وولايةَ الوكيلِ ولايةُ نيابةٍ، فاعتبار ولاية الملك أولى؛ لأنها أقوى.

ووجه رواية كتاب المأذون: وهو أن فعل الوكيل كفعل الموكل، فاستويا، فلا بدَّ من الترجيح بحالة الفعل، فرجحناه بكونه فسخًا؛ لأنه بمعنى الفسخ.

وقيل: ما ذكر في البيوع قول محمد؛ لأنه يقدِّم ولايةَ الملك على ولاية النيابة، وما ذكر في **(المأذون)** قول أبي يوسف / ، لأنه يسوي بينهما. **وأصله:** الوكيل بالسلم وشراء شيء بغير عينه إذا فعل ولم تحضره النية، وقع للْمُوَكِّل عند محمد، وعند أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ بحكم النقد. (٢٠٢/ب)

وذكر في **(النوادر)**: الوكيل بالبيع إذا باع من رجل، والموكل من آخر، جاء معًا، جاز فعل الموكل عند محمد[3].

وعند أبي يوسف: المبيع بينهما، يتخير كل واحد منهما، إن شاء أخذ نصفه بنصف الثمن، وإن شاء ترك.

---

(١) ينظر: كتاب الأصل (٢/ ٤٦١).

(٢) قال القاضي خان في شرحه للجامع، (١/ ٣٢٠): «والصحيح ما ذكر في رواية المأذون». وقال في مجمع الأنهر (٢/ ٣١): «وهو المذهب».

(٣) ينظر: شرح الجامع الصغير للبزدوي، تحقيق: نادية بنت هاشم (١/ ٣٢٦)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٧١)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٢٠)، المحيط البرهاني (٦/ ٥٢١).

ولو شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام، لم يجز عند أبي حنيفة، إلحاقًا بأصله، ويجوز عند محمد، إلحاقًا بأصله[١]، وعند أبي يوسف: يفسد ههنا، ويجوز، ثَمَّ؛ لأن الشرعَ ورد بشرط الخيار على خلاف القياس، كما قال أبو حنيفة، إلا أنَّا عدلنا عنه[٢]، ثَمَّ؛ لحديث عبدالله بن عمر[٣]، فإنه ورد ثمّ، ولم يرد ههنا، فبقي على الأصل.

[النيابة في خيار الشرط]

رجلٌ اشترى وشرط الخيار لغيره، جاز عندنا، وعند زفر، لا يجوز؛ لأنه من أحكام العقد، فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد، كما إذا اشترى وشرط الملك لغيره، أو وجوب الثمن على غيره[٤].

ولنا: أنه يجوز إثباته بطريقة النيابة، فلما أقدم على إثباته لغيره، ولا صحة له إلا بإثباته لنفسه، فيثبت له الخيار مقتضاه سابقًا عليه تصحيحًا لتصرفه، إلا أن زفر لا يقول بالمقتضى[٥]، فلهذا لم يجوِّزه، فإذا ثبت الخيار لهما، فأيهما أجاز،

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٤).

(٢) من الأصول المقررة عند فقهاء الحنفية: (أن قول الواحد من الفقهاء من الصحابة مقدم عندهم على القياس؛ لأن قوله بخلاف القياس؛ كروايته عن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ينظر: أصول السرخسي (٢/ ١٠٥، ٣٤٢)، كشف الأسرار (٢/ ٢٢٣)، فتح القدير (٧/ ٩١)، قواعد الفقه لمحمد عميم (١/ ٤٣).

(٣) الحديث أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب: البيوع (٤/ ١١ ح٣٠٢١) عن ابْنَ عُمَرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا: «باع ناقةً له من رجل، بشرط أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام، فلا بيع بينهما». ولمْ يُنكرْ عليه أحد منْ الصَّحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ. وروي عن ابن عمر مرفوعًا (الخيار ثلاثة أيام). وضعفه الألباني في ضعيف الجامع الصغير (١/ ٤٣٣).

(٤) ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٢٢)، الهداية شرح البداية (٣/ ٣١)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ١٤).

(٥) قاعدة أصولية سبق توثيقها في كتاب الأيمان، مسألة:الرجل يحلف فينوي التخصيص، ص (١٣٢)

أو فسخه، جاز تصرفه عن الولاية، وإن أجاز أحدهما، وفسخ الآخر، جاز السابق منهما؛ لأنه لا مزاحمة له حين وجوده، وإن وجدا معًا، ذكر في بيوع الأصل[1]: جاز فعل المشتري فسخًا كان أو إجازة، وذكر في كتاب (المأذون): يرجح الفسخ، سواء وجد من الوكيل أو من الموكل[2].

وجه رواية البيوع وهو: أن ولاية الموكل ولاية أصلية، وولاية الوكيل ولاية نيابية، فاعتبار الولاية الأصلية أولى؛ لأنها أقوى.

ووجه رواية كتاب المأذون: وهو أن فعل الوكيل كفعل الموكل، فاستويا، فلا بدَّ من الترجيح بحالة الفعل، فرجحنا بكونه فسخًا؛ لأنه يعتري الفسخ.

وقيل: ما ذكر في البيوع قول محمد؛ لأنه يقدِّم ولاية المالك على ولاية النيابة، وما ذكر في (المأذون) قول أبي يوسف /؛ لأنه يسوي بينهما، وأصله: الوكيل بالسلم وشراء شيء بغير عينه إذا فعل ولم تحضره النية، وقع مشتركًا عند محمد، وعند أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ بحكم النقد. (٢٠٢/ب)

وذكر في (النوادر): الوكيل بالبيع إذا باع من رجل، والموكل من آخر، جاء معًا، جاز فعل الموكل عند محمد[3].

وعند أبي يوسف: المبيع بينهما، يتخير كل واحد منهما، إن شاء أخذ نصفه بنصف الثمن، وإن شاء ترك.

---

(١) ينظر: كتاب الأصل (٢/ ٤٦١).

(٢) قال القاضي خان في شرحه للجامع، (١/ ٣٢٠): «والصحيح ما ذكر في رواية المأذون». وقال في مجمع الأنهر (٢/ ٣١): «وهو المذهب».

(٣) ينظر: شرح الجامع الصغير للبزدوي، تحقيق: نادية بنت هاشم (١/ ٣٢٦)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٧١)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٢٠)، المحيط البرهاني (٦/ ٥٢١).

[من اشترى امرأته بالنكاح، على أنه بالخيار ثلاثة أيام]

رجلٌ اشترى امرأته على أنه بالخيار ثلاثة أيـام، لم يَفسُدُ النكاح عند أبي حنيفة[1]، وعند صاحبيه: يفسد. بناء على أنَّ خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه عنده، وعندهما، لا يمنع، فملكها يفسد نكاحه، والخيار بحاله، فإن وطئها إن كانت بكرًا ونقصها الوطء، بطل خياره. أمَّا عند أبي حنيفة، فللنقصان، وعندهما، فللنقصان، والوط[2].

وإن كانت ثيّبًا، ولم ينقصها الوطء، لم يبطل خياره عند أبي حنيفة؛ لأنه وطء بملك النكاح، وعندهما: يبطل؛ لأنَّ عندهما فسد النكاح، والوطء بملك اليمين، وعلى هذا الخلاف مسائل أحدها هذه.

والثانية: اشترى ذا رحِم محْرم منه، على أنه بالخيار ثلاثة أيام، لم يَعتِق عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه يعتق.

والثالثة: إذا اشترى أمة كانت ولدت منه بنكاح، على أنه بالخيار ثلاثة أيام، لم تصر أم ولد عند أبي حنيفة؛ لأن الملك شرط، ولم يوجد، وعند صاحبيه: تصير أم ولد له؛ لأن الملك قد وجد.

والرابعة: إذا اشترى جاريةً، على أنه بالخيار ثلاثة أيام، وقبضها، فحاضت عنده حيضة، أو بعضها، ثم أجاز البيع، لم يجز بتلك الحيضة عند أبي حنيفة؛ لأنه حيضة قبل الملك.

---

(١) ينظر:الحامع الصغير (١/ ٣٤٤)، الهداية شرح البداية (٣/ ٣٠)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٢٤)، الاختيار لتعليل المختار (٦/ ٣٠٩).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٤)، المبسوط (١٣/ ٦٦)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٦٥)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٢٥).

وعند صاحبيه: يُجْتَزَأُ بتلك الحيضة عن الاستبراء[١]؛ لأنها حاضت حيضة بعد الملك، وإن ردَّها وصارت إلى البائع، لا يجب على البائع الاستبراء عند أبي حنيفة، سواء ردَّها قبل القبض أو بعده.

وعند صاحبيه: إن ردَّ قبل القبض، لم يجب عليه الاستبراء استحسانًا، وإن ردَّ بعده، وجب عليه قياسًا واستحسانًا.

والخامسة: إذا اشترى على أنه بالخيار ثلاثة أيام وقبضه ثم أودعه البائع، فمات عنده، مات من مال البائع عند أبي حنيفة؛ لأنه لم يدخل في ملك المشتري، فانتقض قبضُه بالردِّ إلى البائع فمات في يده، والمبيع متى هلك في يد البائع هلك من ماله.

وعند صاحبيه: يهلك على ملك المشتري؛ لأنه ملكه بالشراء، فصار مودوعًا ملك نفسه، فهلاكه في يد البائع؛ كهلاكه في يده، ولو هلك في يده هلك من ماله، كذا هذا. (٢٠٣/ أ)

والسادسة: / عبدٌ مأذونٌ له في التجارة، اشترى شيئًا بدراهم معلومة، على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فأبرأه البائعُ من الثمن، صحَّ والخيار بحاله[٢]، فإن أجاز دخل المبيع في ملكه بلا بدل، وإن ردَّه عاد إلى البائع بلا بدل عند أبي حنيفة؛ لأنه ما ملكه بالشراء؛ لأن خياره يمنع دخولَ المبيعِ في ملكه، فكان الردُّ امتناعًا منه من القبول، وأنه يملكه، كما إذا وهب له شيء فامتنع عن قبوله، وعندهما: ملكه[٣]، فكان بالردِّ مملكًا العبد من البائع بلا بدل، وأنه تبرعٌ منه، فلا يملكه[٤].

---

(١) الاستبراء لغة: هو طلب البراءة. وفي الاصطلاح: (طلب براءة رحِم الجارية من الحمل). ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٥٣)، مختار الصحاح (١/ ٣١).

(٢) ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٢٦).

(٣) أي: ملك المبيع.

(٤) أي: لأن العبد لا يملك التبرع، فإذا امتنع الرد، بطل الخيار ضرورة. ينظر: تحفة الفقهاء=

[صدقة الفطر عن العبد مدة الخيار]

رجلٌ اشترى عبدًا وهما بالخيار ثلاثة أيام، فمرّ يوم الفطر، فصدقة الفطر على من يصير العبد له، وعند زفر: على من كان العبد في ملكه يوم الفطر؛ لأنها وظيفة المالك(١).

ولنا: أنها وظيفةُ الملك، والملكُ موقوفٌ، فتوقفتِ الوظيفةُ على استقراره، فيجب على من يستقر الملك له.

[قطع خيار الشرط بأخذ الشفعة]

إذا اشترى دارًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فبيعت دارٌ بجنبها، فأخذها بالشفعة، بطل خياره؛ لأن اختياره دلالةٌ؛ لأنه لا يمكنه الأخذ بالشفعة إلا باستيفاء الملك، وأنه لا يكون إلا بالإجازة، فثبت له الملك مستندًا، فظهر أنها كانت في ملكه قبل الشراء، فجاز أخذها بالشفعة(٢).

[رد الشريك البضاعة بعد رضا الآخر بالبيع]

رجلان اشتريا شيئًا على أنهما بالخيار ثلاثة أيام، أو اشترياه ولم يرياه، فوجدا به عيبًا، ورضي به أحدهما، ليس للآخر أن يردَّه عند أبي حنيفة(٣)، وعند الباقين(٤): له أن يردَّه؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما اشترى نصف العبد، على أنه بالخيار فيه، فله أن يردَّه وحده، كما إذا اشترى على أنه بالخيار في نصفه وحده، فله أن يردَّ نصفه كذا هذا(٥).

= (٢/ ٧٨)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٦٥).

(١) وهو القياس عند الحنفية. ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٤)، بدائع الصنائع (٢/ ٧١)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٢٧)، تبيين الحقائق (١/ ٣٠٨).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٥)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٣٠)، الهداية شرح البداية (٣/ ٣٣).

(٣) وفي إحدي الروايتين عنه ذكرها الزيلعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ قال: يؤمر الآخر برده. ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٢٢).

(٤) أي: عند أبي يوسف، ومحمد، رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ.

(٥) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٥)، تحفة الفقهاء (٢/ ٨٠)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٣)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٣٠) .

ولنا: أن شرط الردِّ لم يوجد، فلا يثبت الردُّ؛ لأن شرطه أن يكون بحالة يمكنه ردُّه على الوجه الذي خرج من ملك البائع، وقد فُقد؛ لأنه خرج عن ملك البائع غير معيب بعيب الشركة بين البائع والمشتري، وأنه ضررٌ في حقه، فله أن يمتنعَ عن القبول، دفعًا للضرر.

وإن خرج عن ملكه معيبًا بعيب الشركة بين المشترين، لكنه عيب آخر غير هذا؛ لأنه عيب على المشترين، وهذا عيب على البائع، والمرء قد يرضى بعيب في حقِّ غيره، ولا يرضي بعيب في حقِّ نفسه.

الفصل الثالث: في خيار التعيين

الأصل فيه:

وهو أنَّ مَنِ اشترى أحد شيئين على أنه بالخيار بأخذ أيهما شاء، بثمن معلوم ويرد الآخر، جاز استحسانًا[1]، ويثبت له خيار التعيين، يعين أيهما شاء، ويرد الآخر، أو يردهما إن كان فيه خيارُ شرط، إلا إذا مات المشتري / فليس لوارثه أن يردهما؛ لأنَّ المورث إنما كان له ردُّهما بحكم خيار الشرط، وأنه بطل بالموت؛ لأنه لا يجري فيه الإرث عندنا، وبقي خيار التعيين؛ لأنه يورث على معنى أن الإرث يجري في سببه، وهو اختلاط ملكه، بملك غيره، بم يثبت له ولايةُ التعيين ابتداءً. (٢٠٣/ب)

---

(١) القياس عند الحنفية: الفساد لجهالة المبيع، وهو قول زفر، رَحِمَهُ اللَّهُ. ينظر: مختصر القدوري (١/ ٨٠)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٦٠)، الهداية شرح البداية (٣/ ٣١)، مجمع الأنهر (٢/ ٣١).

فإذا عرف هذا نقول:

[الخيار في أحد العبدين]

قال: باع عبدين على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام، فالبيع فاسدٌ، لجهالة المبيع والثمن؛ لأن خيار البائع وإن كان يمنع ثبوت الحكم، لكن لا يمنع انعقاد العقد[١].

ولو باع عبدين على أنه بالخيار في أحدهما بعينه ثلاثة أيام، فالبيع فاسدٌ، لجهالة الثمن، ولو باعهما كل واحد منهما بخمسمائة، على أنه بالخيار في أحدهما بثلاثة أيام، فالبيعُ فاسدٌ بجهالة المبيع[٢].

ولو باع عبدين بألف درهم، كلُّ واحدٍ منهما بخمسمائة، على أنه بالخيار في أحدهما بعينه ثلاثة أيام، فالبيع جائزٌ؛ لأن المبيعَ والثمن معلومٌ[٣].

[خيار التعيين في ثلاثة أثواب]

ولو اشترى ثوبين على أنه بالخيار، بأخذ أيهما شاء بعشرة، وهو بالخيار ثلاثة أيام، فالبيع جائزٌ في الثوبين والثلاثة استحسانًا، ولا يجوز في الأربعة، وفي القياس: البيع فاسدٌ؛ لجهالة المبيع، فإنها مفسدةٌ[٤].

ولنا: أنَّ الشرعَ ورد بشرط الخيار، مع أنه لا يلائم مقتضى العقدِ، لحاجة العباد إلى التروي والتفكر في المدة، ليعلم هل يصلح له أو لا؟.

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٤)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٢٦)، كنز الدقائق (١/ ٤١٢)، النهر الفائق (٣/ ٣٧٦).

(٢) ينظر : الجامع الصير (١/ ٣٤٤).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٤)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٢٦)، حاشية ابن عابدين (٦/ ٧٦٣).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٤)، شرح مختصر الطحاوي (٣/ ١٣)، مختصر القدوري (١/ ٨٠)، المبسوط (١٣/ ٥٥)، الهداية شرح البداية (٣/ ٣٢).

والحاجة ههنا حاجةٌ إلى التروي والتفكر، ليعلم أنها أرفق وأفق له، فصار بمعنى شرط الخيار، فألحق به، والجهالة غيرُ مفضية إلى المنازعة[1]؛ لأن من له الخيارَ متعينٌ، وأنها لا تفسد البيع؛ كشراء قفيز من صبرة، وإنما جاز في الثلاثة دون الأربعة؛ لأن الحاجة تندفع بالثلاثة؛ لأنَّ الثيابَ أنواعٌ ثلاثة: جيد ورديء ووسط.

ذكر ههنا شرط الخيار، ولم يذكر في (**الجامع**)، واختلفوا في أن شرط الخيار، هل يشترط مع هذا الخيار أم لا؟.

قال بعضهم: يشترط، **وقال بعضهم**: لا يشترط؛ لأنه لم يذكر في (**الجامع**)، فبان أن ذكره ههنا وقع اتفاقًا[2].

وذكر ههنا: (**اشْتَرَى ثَوْبَيْنِ**)، وفي بعض النسخ: (**اشْتَرَى أَحَدَ ثَوْبَيْنِ**)، وهو الصواب؛ لأنه الحقيقة، لأن الداخل يوجب البيع أحدهما، لا كليهما، وما ذكر ههنا مجاز، لاحتمال أن يقع الشراء عليه، فكان المصير إلى الحقيقة أحق.

يدل عليه ما ذكر في (**التجريد**): إذا وقع العقد على هذا، ثم قبضهما المشتري فأحدهما ملك المشتري مضمون عليه بالثمن، والآخر ملك البائع أمانة في يده، وهذا نصٌّ على أن البيع تناول أحدهما لا كليهما، لكن أخذ ملك البائع بإذنه، فصار أمانة في يده، فإن قبضهما، وتصرف في أحدهما / تصرفًا يبطل الخيار، أو يلزم البيع، بطل خياره؛ لأنه تعين فيه دلالة؛ وأنه كالتعيين صريحًا، وإن تصرف فيهما، لا يبطل خياره؛ لأنه ليس بتعيين لا دلالة ولا صريحًا، لمشاركة الآخر فيه. (٢٠٤/أ)

---

(١) هذا جواب من الشارح على قول زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ من عدم صحة ذلك للجهالة.

(٢) ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٢٨).

وإن ماتا في يده، لزمه نصف ثمن كل واحد منهما؛ لأنَّ الجهالة قد تعذرت، فيرفع بالتوزيع، فإن قبضهما بحكم العقد الفاسد، وماتا في يده، لزمه نصف قيمة كل واحد منهما؛ لأن الفاسد إذا اتَّصل به القبض؛ كالجائز؛ إلا أن في الفاسد، يصار إلى القيمة لفساد التسمية، وفي الجائز، لا يصار إلى القيمة، لصحة التسمية. والله أعلم[١].

❋ ❋ ❋

(١) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣٦٢)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٢٨)، الهداية شرح البداية (٣/ ٣٣).

باب التولية والمرابحة

الأصل فيه:

وهو أن المرابحة: بيعٌ بمثل الثمن وزيادة. **والتولية**: بيعٌ بمثل الثمن الأول من غير زيادة، ولا نقصان(١).

ومبناهما على الأمانة وترك الخيانة. وأنَّ الشبهة في الباب ملحقةٌ بالحقيقة(٢). وأنه متى احتبس عند المشتري جزءٌ من المبيع حقيقةً، أو حكمًا، أو بدله، أو حالي حقيقة، أو بدليهما، لا يبيعه مرابحة ما لم يبين.

فإذا عرف هذا نقول:

[المرابحة فيما اشتراه بعد بيعه مرابحة]

قال: رجلٌ اشترى شيئًا، فباعه بربح، ثم اشتراه، فأراد أن يبيعه مرابحةً، حط عنه كل ربح كان قبل ذلك، وإنِ استغرق الربحُ الثمن، لم يبعه مرابحةً عند أبي حنيفة(٣).

وبيانه: رجلٌ اشترى ثوبًا بعشرة، فباعه بربح خمسة، ثم اشتراه بعشرة، فإذا باعه مرابحة يحط عنه الخمسة، ويبيعه مرابحة على خمسة، عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ وعند صاحبيه: يبيعه على الثمن الأخير.

وإن اشتراه بعشرة، فباعه بربح عشرة، ثم اشتراه منه بعشرة، لا يبيعه مرابحةً عند أبي حنيفة؛ لأنه لو حطّ الربح، لايبقى من الثمن شيءٌ، وعند صاحبيه:

---

(١) ينظر: كنز الدقائق (١/ ٤٢٧)، التعريفات (١/ ٧١)، أنيس الفقهاء (١/ ٧٦).

(٢) ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٧٣)، الاختيار لتعليل المتار (٢/ ٢٨).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٦)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٢٤)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٣٣)، الهداية شرح البداية (٣/ ٧٥).

يبيعه على الثمن الأخير؛ لأنه بيعٌ جديدٌ، لا تعلق له بالأول، فيبيعه عليه؛ لأن المرابحة: بيعُ ما اشترى بمثل ما اشترى، وقد وجد ههنا؛ ولهذا إذا تخلل بينهما ثالث، بأن اشترى بعشرة، فباعه مرابحة بخمسة عشر، ثم اشترى من المشتري رجلٌ آخر، ثم اشترى المشتري الأول، من الثالث بعشرة، يبيعه مرابحة على عشرة، كذا هذا.

ولأبي حنيفة: وهو أنه استفاد بهذا الشراء تأكد الربح؛ لأنه كان من المحتمل أن يطلع المشتري على عيب به، فيرده عليه، فيبطل الربح، وتأكد الربح له شبهةُ المبيع، والشبهة في الباب ملحقةٌ بالحقيقة، فصار كأنه: اشترى بعشرة شيئين، الثوب، وتأكد الربح، فليس له أن يبيع أحدهما على ثمنهما مرابحة، بخلاف ما إذا تخلل بينهما ثالث؛ لأن بشراء الثالث / ، تأكد الربح، ووقع الأمر عن بطلانه، فلم يستفد هو بهذا الشراء تأكد الربح[(١)]. (٢٠٤/ب)

[العبد المأذون له بالتجارة، إذا كان عليه دين، يستغرق رقبته]

عبدٌ مأذونٌ له في التجارة عليه دَينٌ يُحيطُ برقبته، أو دينٌ لا يحيط برقبته، اشترى ثوبًا بعشرة، وباعَه من مولاه بخمسة عشر، فإن أراد المولى أن يبيعَه مرابحةً، باعه على عشرة؛ لأن في بيع العبد شبهةَ العدمِ[(٢)]، والشبهة ملحقة بالحقيقة؛ لأنَّ بيعَ العبد من مولاه وشراءَه منه ينبغي أن لا يجوز؛ لأنه مبادلةُ ملكه بملكه[(٣)]، إلا أنا جوزنا ذلك لقيام الدين، فأورث ما ذكرنا شبهةَ العدم، والشبهة ملحقة بالحقيقة، فاستحقَّ بيعه منه بالعدم[(٤)].

---

(١) ينظرشروط صحة المرابحة عند الحنفية في: بدائع الصنائع (٥/ ٢٢٠)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٢٨).

(٢) أي:شبهة عدم الواز، لا حقيقة عدم الجواز .

(٣) أي: أن بيع الإنسان من نفسه، لا يجوز.

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٧)، المبسوط (٢٦/ ٢٩)، الجامع الصغير لقاضي=

وكذلك إذا اشترى المولى ثوبًا بعشرة، فباعه من عبده المأذون بخمسة عشر، باعه العبد مرابحةً على عشرة لما بينا: أن في شراء العبدِ من مولاه شبهةَ العدم، والشبهة ملحقة بالحقيقة في هذا الباب(١).

مضاربٌ في يده عشرة دراهم مضاربةً بالنصف، اشترى بها ثوبًا، فباعه من ربِّ المال بخمسة عشر، باعه ربُّ المال مرابحةً باثني عشر ونصف؛ لأن في بيعه(٢) من رب المال شبهةَ العدم؛ لأنَّ المضارب وكيلٌ في التصرفِ، والشبهة ملحقة بالحقيقة، فبطل بيعُه في حصة من الربح(٣).

[وجوب بيان العيب فيما تسبب فيه لا فيما غيَّره غيره]

رجلٌ اشترى جاريةً بألف درهم، فاعورّت عنده، له أن يبيعها مرابحةً من غير أن يبين ذلك(٤)؛ لأنَّ الفائتَ وصفٌ لا جزءٌ، والوصفُ لا يقابله شيءٌ من الثمن. ولهذا إذا اشترى عبدًا، فوجده أعور، إن شاء ردَّه، وإن شاء أمسكه بجميع الثمن، فلم يحتبس عنده(٥) جزء لا حقيقة، ولا حكمًا، ولا بدله.

فإن فقأ عينها(٦)، أو فقأها أجنبيٌّ، لا يبيعها مرابحةً حتى يبين(٧)؛ لأن الفائتَ-

---

= خان، (١/ ٣٣٤).

(١) ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٣٥)، الهداية شرح البداية (٣/ ٥٧)، تبيين الحقائق (٤/ ٧٧).

(٢) أي: المضارب.

(٣) خلافا لزفر رَحِمَهُ اللَّهُ لأنه يشبه بيع مال نفس من نفس. ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٧)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٣٥)، الهداية شرح البداية (٣/ ٥٨)،

(٤) ذهب الإمام زفر من فقهاء الحنفية: بعدم جواز البيع ما لم يبين. ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٧)، المبسوط (١٣/ ٧٩)، الهداية شرح البداية (٣/ ٥٨)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٣٦).

(٥) أي: عند المشتري.

(٦) أي: فقأ المشتري عينها بنفسه.

(٧) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٨)، المبسوط (١٣/ ٨٩)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٣٦)، الهداية شرح البداية (٣/ ٥٨).

وإن كان وصفًا- لكنه صار أصلاً بالاستهلاك، وبالفوات بفعله جعل كالقائم في حقه؛ لأنه انتفع به بدفعه الضمانَ عن نفسه، لأنه لولا أن الْفَقْء وجد في ملكه، لضمن، وبفعل الأجنبي، وجب الأرش، والأرش بدلُ الفائت[1]، واحتباسُ البدل عنده؛ كاحتباس الأصل.

وكذلك إذا اشترى ثوبًا، فأصابه قَرضُ[2] فأرٍ أو حرقُ نارٍ، له أن يبيعه مرابحةً من غيره، لما بينا: أن الفائت وصفٌ لا يقابله شيءٌ من الثمن، فلم يحتبس عنده جزء من المبيع، وإن حصل النقصان بشرطيه، لا يبيعه حتى يبين، لما مرَّ: أن الفائت وإن كان وصفًا، لكنه صار أصلاً بالإتلاف[3].

ولو اشترى أمةً فوطئها، إن كانت ثيبًا ولم ينتقصها الوطء، باعها مرابحةً من غير بيان؛ لأن الفائت وصفٌ؛ لأن الوطء / ، استيفاء منفعة حقيقةً، والثمن لا يقابل المنفعة، وإن كانت بكرًا فنقصها الوطءُ، لا يبيعها مرابحةً، حتى يبيِّنَ؛ لأنه احتبس عنده جزءًا منها، وهي العذرة[4]. (٢٠٥/أ)

[الخيانة في المرابحة]

رجلٌ اشترى غلامًا بألف نسيئةً، فباعه بربح مائة ولم يبين، ثم علم المشتري بذلك، فله أن يردَّ، وإن شاء أمسكه بجميع الثمن؛ لأن الأجل وإن كان لا يقابله شيءٌ من الثمن حقيقةً، لكن له شبهةُ المبيع؛ لأنه يزاد في الثمن لأجله، والشبهة في الباب ملحقةٌ بالحقيقة، فصار مشتريًا غلامًا، وشيئًا آخر بألف، فإذا باع أحدهما على ثمنهما مرابحةً، فقد خان، فإذا ظهرتِ الخيانة يتخير، وإن

---

(١) وهو العين.

(٢) القرض: القطع بالناب. ينظر: الصحاح (٣/ ١١٠١).

(٣) ينظر: البناية شرح الهداية (٨٨/ ٢٤٣) .

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٧)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٣٦)، الهداية شرح البداية (٣/ ٥٨)، تبيين الحقائق (٤/ ٧٨).

استهلكه[١]، لزمه ألف ومائة؛ لما بينا: أن الأجل لا يقابله شيءٌ من الثمن. وعن أبي يوسف: يرد قيمتَه ويستردّ الثمن[٢].

ونظيره: رجلٌ له على آخر دراهم جياد، فقضاها زيوفًا، فأنفقها ولم يعلم بها، ثم علم، لا شيء له عند أبي حنيفة، ومحمد[٣].

وعند أبي يوسف: يرد زيوفًا مثلها، ويأخذ الجياد منه، وكان الفقيه أبو جعفر: يفتي أنه يقوَّم ثمنه بحال، فيرجع[٤] بفضل ما بينهما[٥].

[الخيانة في التولية]

وإن كان مكان المرابحة تولية، والمسألة بحالها، ثم علم، ردَّ إن شاء، لما بينا، وإن استهلكه لزمه ألف حال.

ولو ولاه شيئًا بما قام عليه، ولم يعلم المشتري بكم قام عليه، فالبيعُ فاسدٌ؛ لأنَّ الجهالةَ له تمكنت في صلب العقد، وهو الثمن، وأنها مفسدةٌ للبيع، إلا إذا أعلمه في المجلس[٦]؛ لأن ساعات المجلس جعلت كساعة واحدة للحاجة، ولهذا ارتبط القبول الموجود في آخره بالإيجاب الموجود في أوله، وكذا جعل

---

(١) أي: المشتري المبيع في هذه الصورة.

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٨)، مختصر الطحاوي (١/ ٨٢)، مختصر القدوري (١/ ٨٦)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٣٧).

(٣) أي: أنه يقوَّم بثمن حال، وبثمن موجل. وهو المختار للفتوى. ينظر: العناية شرح الهداية (٦/ ٥٠٨).

(٤) أي: البائع

(٥) ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٣٧)، تبيين الحقائق (٤/ ٧٩)، العناية شرح الهداية (٦/ ٥٠٨)، البناية شرح الهداية ٨/ ٢٤٥).

(٦) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٨)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٢٨)، كنز الدقائق (١/ ٤٢٩).

العلم الحاصل في آخر المجلس؛ كالعلم الحاصل في أوله[١]، فأشبه هذا شراء ثوب برقمه، وهو لا يعلم به، حيث يفسد البيع[٢]، وإن علمه في المجلس جاز، بخلاف ما إذا علمه بعد المجلس.

❊ ❊ ❊

---

(١) ينظرهذا الضابط عند الحتفية في:الهداية شرح البداية (٣/ ٢٣، ٥٩)، المحيط البرهاني (٧/ ١٥)، العناية شرح البداية (٦/ ٢٥٣).

(٢) ينظر:الجامع الصغير (١/ ٣٢٨)، المبسوط (١٣/ ٤٩)، تحفة الفقهاء (٢/ ١٠٨)، النهر الفائق (٣/ ٤٦٢).

باب العيوب

الأصل فيه:

أنَّ العيب الذي يوجب الرد، ما يوجب نقصانًا في المالية في عادة التجار[(١)].

وإنَّ شرط الرد أن يكون بحال يمكنه رده على الوجه الذي خرج من ملك البائع[(٢)].

وأن العيب متى كان أمرًا مشاهدًا، فلا حاجة إلى الخصومة في إثباته؛ لأنه متيقن بثبوته[(٣)].

وإن كان عيبًا لا يحدث مثله؛ كالإصبع الزائدة، فلا حاجة إلى إثباته كونه عند البائع؛ لأنه متيقن بثبوته.

---

(١) من الضوابط الفقهية عند الحنفية: (أن كل ما أوجب نقصان القيمة، والثمن، في عادة التجار، فهو عيب، يوجب الخيار، وما لا يوجب نقصان القيمة والثمن، فليس بعيب). ينظر: المبسوط (١٣/ ٩٩)، تحفة الفقهاء (٢/ ٩٣)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٤).

(٢) تنظر هذه القاعدة في: بدائع الصنائع (٥/ ٢٣)، المحيط البرهاني (٦/ ٥٦٤)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٣٠).

(٣) من القواعد الفقهية الوارده عند الفقهاء: (الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته) أو (الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن). ووجه ذلك: إن أحكام الحوادث ونتائجها وما يترتب عليها كثيراً ما تختلف باختلاف تاريخ حدوثها، فعند التنازع في تاريخ الحادث يحمل على الوقت الأقرب إلى الحال حتى يثبت الأبعد، لأن الوقت الأقرب قد اتفق الطرفان على وجود الحادث فيه وانفرد أحدهما بزعم وجوده قبل ذلك. فوجود الحادث في الوقت الأقرب متيقن وفي الأبعد مشكوك. ينظر: الأشباه والنائر لابن نجيم (١/ ٥٥)، ترتيب اللآلي (١/ ٣٣٠)، الوجيز في ايضاح قواعد الفقه الكلية (١/ ١٨٧)- قواعد الفقه لمحمد عميم الاحسان (١/ ٥٨)، مجلة الأحكام العدلية (المادة:١١).

وإن كان يحدث مثله؛ كالقروح(١) / ، والأمراض فاختلفا في كونه عند البائع، فالبينة على المشتري؛ لأنه يدعيه، واليمين على البائع؛ لأنه منكر. (٢٠٥/ب)

وإن كان أمرًا لا يشاهد؛ كالإباق، فأنكر البائعُ وجودَه أصلاً، فلا خصومةَ بينهما حتى يثبتَه المشتري؛ لأنَّ الخصومةَ بناء على وجود العيب، ولم يثبتْ وجوده(٢).

وإن أرادَ المشتري يمين البائع، يستحلف عند أبي يوسف، ومحمد، كذا ذكره في (الجامع) وسكت عن قول أبي حنيفة(٣).

فإن حلَّفَه فنَكَلَ، ثبتت الخصومةُ، فإن أقرَّ البائعُ بكونه عنده، رد بإقراره، وإن أنكر، سأل المشتري: هل له بينةٌ، وإلَّا حلِفَ البائعُ، على ما يأتي بيانه.

وإن كان أمرًا لا يقف عليه إلا الأطباءُ، يرجع إلى قول اثنين عدلين مسلمين منهم.

وإن كان لا يقف عليه إلا النساء؛ كالثيابة والحبلِ، يرجع إلى قول واحدة ثقة، والثنتان أحوط، وإن كان لا يوقف عليه إلا بقول المبيعة؛ كعدم الحيض يرجع إلى قولها(٤).

---

(١) القروح: بالفتح، الجراح، وهو البَثْرُ إذا تَرامَى إلى فساد. والقُرح: بالضم، ألم الجراح. ينظر: مختار الصحاح (١/ ٢٥٠)، القاموس المحيط (١/ ٢٣٥).

(٢) من القواعد الفقهية عند الحنفية: (أن الأصل في الصفات العارضة العدم). المعنى: أن الصفات التي تعرض للأشياء وليست ثابتة لها في الأصل، لا يحكم بوجودها إلا بدليل، فمن اشترى سلعة، وقبضها، ثم ادعى بعد زمن أنها كانت معيبة، فلا يقبل قوله، إلا ببينة تشهد له؛ لأن العيب من الصفات العارضة، والأصل عدمها. قال ابن نجيم في أشباهه (١/ ٥٤): «ليس الأصل العدم مطلقًا، وإنما هو في الصفات العارضة، وأما في الصفات الأصلية، فالأصل الوجود». ينظر: ترتيب اللآلي (١/ ٣٢٢)، مجلة الأحكام العدلية (المادة: ٩)، شرح القواعد الفقهية للزرقا (١/ ١١٧).

(٣) ينظر: الجامع الكبير (١/ ٢١١).

(٤) أصل هذه المسألة تندرج تحت القاعدة الفقهية: (الضرورات تقدر بِقَدرها). المعنى أن=

ومتى تصرف المشتري تصرفًا يدلُّ على رضاه بالعيب، سقط حقُّه في الردِّ والرجوع بالأرش؛ لأن الرضى يثبت دلالة، والثابت دلالة كالثابت صريحًا[1].

وإن تصرف تصرفًا لا يدلُّ على رضاه به، وهو تعييب؛ كقطع الثوب، سقط حقُّه في الرد، دون الرجوع بالأرش.

فإن قال البائع: أنا أقبله[2] كذلك إن امتنع الرد لحقه، فله ذلك، وإن امتنع لحق الشرع، أو حكمًا للزيادة، فليس له ذلك.

وإن تصرف المشتري تصرفًا أزاله عن ملكه؛ كالبيع، والهبة ولم يكن الردُّ ممتنعًا قبله، بطل حقُّه في الرد، والرجوع بالأرش؛ لأنَّ الردَّ امتنع بفعله، وإن كان ممتنعًا قبله، بطل حقُّه في الرد، دون الرجوع بالأرش؛ لأنَّ الردَّ ما امتنع بفعله لكونه ممتنعًا قبله.

وإن تصرف تصرفًا هو إنهاء للملك؛ كالإعتاق بغير مال، سقط حقُّه في الرد، دون الرجوع بالأرش. وإن أعتق على مال سقط حقُّه فيهما؛ لأنه بمنزلة البيع[3].

والرد بقضاء قاض فسخ في حق الكافة[4]، فله أن يخاصم بائعَه، وبغير قضاء قاض، فسخ فيما بين المتعاقدين، بيع جديد في حقٍّ ثالث، وليس له أن يخاصم بائعه.

= الْإِنْسَان إذا اضطر لفعل محظور فلَيْس لَهُ أَن يتوسع فِي الْمَحْظُور، بل يقْتَصر مِنْهُ على قدر مَا تنْدَفع بِهِ الضَّرُورَة فَقَط. وقد سبق الإشارة لتلك القاعدة في ص (٦٨٦). وينظر: تحفة الفقهاء (٢/ ٩٨)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٩) (٦/ ٢٧٨).

(١) قاعـدة فقهية سبق تويقها.

(٢) أي: مقطوعًا.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٠)، تبيين الحقائق (٤/ ٣٥)، كنز الدقائق (١/ ٤١٦).

(٤) تنظر هـذه القاعـدة الفقهيـة فـي: المحيـط البرهانـي (٦/ ٦٠٧)، الأشـباه والنظائـر لابـن نجيم (١/ ٧٣).

فإذا عرف هذا نقول:

[ما يعتبر عيباً في الرقيق، وما لا يعتبر]

قال: رجلٌ اشترى أمةً بالغةً، فوجدها لا تحيض، أو مستحاضة، أو ذمية، أو زانية، فهذا كله عيب يوجب الردَّ[١]؛ لأنه يوجب نقصانَ المالية في عادة التجار، أما عدم الحيض بعد البلوغ؛ فلأنه يدلُّ على داء فيها، فإن الصحيحةَ من النِّساء إذا بلغت مبلغًا تحيض فيه أمثالها بحيض، ولا يتأخر عن أقصى أوانه، وهو سبع عشرة / (٢٠٦/أ) سنة في قول أبي حنيفة، وخمس عشرة، عند صاحبيه[٢]؛ لأن البلوغ بالسن يقع بذلك المقدار المختلف، وكذلك الاستحاضة، فإن اختلفا في وجود العيب، يرجع إلى قولها؛ لأنه لا يعرف إلا بخبرها، فإن أخبرت به، يستحلف البائعَ بالله ما يعلم أن بها هذا العيب، فيرد بنكوله بعد القبض، وكذا قبله على قياس ظاهر الجواب في البكارة[٣]، وعلى قياس قول محمد: يرد بلا يمين.

والزنا عيبٌ في الجارية؛ لأنه يفسد الفراش دون الغلام؛ لأنه قد يقصد منها الولد، والزنا يفسد الفراش، ولا يقصد من الغلام إلا الخدمة، والزنا يخل بالخدمة، إلا إذا كان مواظباً على الزنا؛ لأنه إذا كان كذلك ينقطع عن الخدمة، وكونه ولد زنا، عيبٌ في الجارية دون الغلام؛ لأن الولد يعيرًّ به[٤].

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٩)، خزانة الفقه (١/ ١٧٣)، مختصر القدوري (١/ ٨١)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ١٩).

(٢) ولأبي حنيفة رواية؛ كقول صاحبيه. ينظر: الهداية شرح البداية (٣/ ٢٨١)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٩٥).

(٣) أي: فعلى قياس تلك الرواية جاز أن يفسخ بقول الأمة عند من يجعل قولها حجة. ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٤٠).

(٤) أي: أن الولد يعير بزنا أمِّه وليسا بمُخلين. ينظر: الجامع الصغير (١/ ١/ ٣٤٩)، مختصر القدوري (١/ ٨٢)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٤١).

والبَخَر[١] والدَّفر[٢]، عيب في الجارية[٣]، دون الغلام؛ لأنه يقصد منها الاستمتاع بها، وأنه يخل بذلك، وليس بعيب في الغلام؛ لأنه يقصد منه الخدمة، وأنه لا يخل بها[٤] إلا إذا كان من داء به ؛ لأن الداءَ عيبٌ[٥].

والحملُ عيبٌ في الجارية؛ لأنه نقصانٌ، وفي البهائم ليس بعيب؛ لأنه زيادةٌ. والجنون[٦] في الصغر عيبٌ أبدًا، قيل: إذا جنَّ عند البائع وثبت ذلك، فله أن يرده وإن لم يعاوده عند المشتري[٧].

وهذا غلطٌ، فإن محمدًا نصَّ في بيوع (الأصل)[٨] وفي (الجامع)[٩] وغير ذلك أنه ليس له أن يردَّ حتى يعاودَه عند المشتري؛ لأن الله تعالى قادرٌ على إزالته، فلم

(١) البخَر لغة: الرائحة المتغيرة من الفم، والبَخر: النتن يكون في الفم وغيره، فهو أبخر وهي بخراء. ينظر: جمهرة اللغة (١/ ٢٨٧). قال في المحيط البرهاني(٦/ ٥٤٣). : «والبخر عيب وهو الانتفاخ تحت السرة»

(٢) الدفر لغة: رائحة مؤذية تجيء من الإبط. والذفر- بالذال المعجمة- شدة الرائحة طيبة كانت أم كريهة، ومنه مسك أذفر. وإبط دفراء وهو مراد الفقهاء. وَأَمَّا الذَّفَرُ- بِالذَّالِ الْمُعْجَمَةِ- فهو حِدَّةٌ منْ طِيبٍ أَوْ نَتِنٍ وَرُبَّمَا خُصَّ به الطِّيبُ، فقِيل: مِسْكٌ أَذْفَر. ينظر: تهذيب اللغة (١٤/ ٧٢)، طلبة الطلبة (١/ ١١١).

(٣) وفي إحدي الروايتين عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أن الدفر ليس عيبًا في الجارية، إلا أن يفحش فيكون عيبًا فيها دونه. ذكره ابن الهمام في شرح فتح القدير (٦/ ٣٦٠).

(٤) أي:بالاستخدام.

(٥) ينظر:مختصر القدوري (١/ ٨٨٢)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٤١)، البناية شرح الهداية (٨/ ١٠٥).

(٦) جاء في البحر الرائق (٦/ ٤٥): «الجنون: اختلال القوة المميزة بين الأشياء الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب».

(٧) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٩)، مختصر اختلاف العلماء (٣/ ١٥٦)، مختصر القدوري (١/ ٨٢)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٤٠).

(٨) ينظر: كتاب الأصل (٢/ ٤٩٣).

(٩) ينظر: الجامع الكبير (١/ ٢١١).

يكن من ضرورة وجوده عند البائع بقاؤه واستمراره، وإنما معنى قوله: (متى جن عند البائع)، فزال ثم أصابه عند المشتري، فهو عين الأول، وإن تقادم العهد؛ لأن سببهما متحد.

والبول في الفراش، والسرقة في الصغر، ليسا بعيب قبل أن يعقل[(١)]؛ لأنه لا يقدر على الامتناع من ذلك، وبعد ما عقل عيبٌ ما دام صغيرًا، حتى إنه لو وجد ذلك عند البائع، ثم وجد في يد المشتري في حال صغره، له أن يردَّ بذلك؛ لأنه عين الأول، وإن وجد في يده بعد ما بلغ، ليس له أن يرده؛ لأنه غيره، لتغاير سببهما؛ لأنَّ سببَ البولِ في الفراش في الصغير، ضعف المثانة، وبعد البلوغ، داء فيه، والسرقة في الصغر لقلة العقل، وبعد البلوغ، لخبث في الطبيعة[(٢)].

[ادعاء العيب بعد قبض المشتري]

إذا اشترى عبدًا، فادَّعى به عيبًا، لا يجبره القاضي على تسليم الثمن، حتى يثبته بالبينة، أو يحلفه[(٣)]؛ لأنه ينكر وجوب تسليم الثمن إليه لمكان العيب[(٤)]؛ ولأنه لو أمره بتسليم الثمن إليه / وسلمه، عسى يقيم البينة على العيب، فيسترده، فيكون نقضًا لقضائه، فعليه أن يصون قضاءه عن مثل هذا، إذا كان شهوده حضورًا. (٢٠٦/ب)

أمَّا إذا قال: شهودي بالشام، يحلف البائع، فإن نكل، لزمه دعوى صاحبه، وإن حلف، أمره بتسليم الثمن إليه، ولا ينتظر حضور شهوده؛ لأن في التأخير

---

(١) قيل: هو المميز، وقيل: بأنه يأكل ويشرب وحده، ويستنجي وحده، وقدَّره بعضُهم بخمس سنين. ينظر الجوهرة النيرة (١/ ١٩٧)، مجمع الأنهر (٢/ ١٤١).

(٢) ينظر: مختصر القدوري (١/ ٨١)، تحفة الفقهاء (٢/ ٩٥)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٥)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٤٧).

(٣) أي: البائع.

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٥٠)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٤٢).

ضررًا بالبائع، وليس في التعجيل ضررٌ بالمشتري[١]؛ لأنه على حجته، فمتى أثبتها استردَّ الثمن[٢].

اشترى عبدًا، فادَّعى إباقًا، فأنكر البائع أصلاً، فلا خصومة بينهما، حتى يثبت المشتري أنه أبق عنده، لما مرَّ[٣].

وإن طلب المشتري يمين البائع، حلف بالله ما يعلم أنه أبق عنده. ذكر في (الجامع)[٤] أنه يستحلف على قول أبي يوسف، ومحمد، وسكت عن قول أبي حنيفة.

واختلفوا على قوله: قال بعضهم: يحلف، كما قالا، وقال بعضهم: لا يحلف[٥] عند أبي حنيفة، نصَّ في كتاب الزكاة.

وإن حلف البائع فنكل، ثبتت الخصومة، فيسأله القاضي، أنه هل كان أبق عنده أم لا؟ فإن قال: نعم، رده بإقراره، وإن قال: لا، سأل المشتري: هل له بينة؟ فإن قال: نعم؛ أقامها، وإن قال: لا، حلف البائع إن طلب بالله لقد باعه وسلمه

---

(١) من القواعد الفقهية عند الحنفية: (أن المعلوم لا يؤخر لموهوم). وبلفظ: (الموهوم لا يعارض المتحقق). ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/ ٢٣٩)، ترتيب اللآلي (١/ ٥٩٢) (٢/ ١٠٥٧)، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (١/ ١٩٥)، مجلة الأحكام العدلية (المادة: ٧٤).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٤٩)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٧٤)، الهداية شرح البداية (٣/ ٤٠).

(٣) ينظر:الجامع الصغير (١/ ٣٥٠)، الهداية شرح البداية (٣/ ٤٠)، العناية شرح الهداية (٦/ ٣٨٠)، البناية شرح الهداية (٨/ ١٢٤).

(٤) ينظر:الجامع الكبير (١/ ٢١١).

(٥) وهو الأصح؛ لأن الحلف يترتب على دعوى صحيحة، ولا تصح الدعوى إلا من خصم، ولا يصير خصمًا فيه إلا بعد قيام العيب عنده. ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ٣٩).

وما كان به هذا العيب قط، أو بالله ما له حقُّ الرد عليه بالعيب الذي يدعيه على الوجه الذي يدعيه، أو بالله لقد باعه، وما كان عنده هذا العيب قط.

ولا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب، لاحتمال أنه وجد بعد البيع، قبل التسليم، وأنه يوجب الرد، فصار تاركًا النظرَ في حقِّ المشتري، وكذلك لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب؛ لاحتمال أنه وجد بعد البيع قبل التسليم، فلم يصر حانثًا في يمينه، والصحيح: أنه يحلفه على ما بينا[١].

[بيع ما ليس بمال]

رجلٌ اشْترى بيضًا، أو بطيخًا، أو خيارًا، أو قثاء، أو جوزًا، فكسره فوجد الكلَّ فاسدًا لا ينتفع به، استردَّ كلَّ الثمن؛ لأَنَّه ظهر أنه باع ما ليس بمال، فكان بيعُه باطلاً[٢]. وإن كان ينتفع به مع فساده، ليس له أن يردَّه، لفقد شرطه؛ لأنه تعيب بالكسر، وقد خرج عن ملك البائع معيبًا بعيب واحدٍ، فلو ردَّه دخل في ملكه معيبًا بعيبين، وله أن يرجع بأرش العيب.

فإن قال البائع: أنا أقبله، كذلك، فله ذلك؛ لأن امتناعَ الردِّ لحقِّه، فإذا رضي به، فهو أسقط حقه، وإن وجد بعضه فاسدًا، إن كان كثيرًا لا ينتفع به، فكذلك؛ لأنه مثل الحُر والخمر، فلا يكون محلاً للبيع، فصار كما لو جمع بين حُر، وعبد، أو بين ذكية، وميتة، فباعهما صفقه واحدة، حيث لا ينعقد في الكل[٣]، وإن يسيرًا، فكذلك في القياس/ ؛ لأن المعنى يجمعهما، وفي بالاستحسان

---

(١) ينظر: المبسوط (١٣/ ١١١)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٤٣)، درر الحكام (٢/ ١٦٤)، مجمع الأنهر (٢/ ٤٨).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٥١)، المبسوط (١/ ١٤٩)، بدائع الصنائع (٥/ ١٤٥)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٤٩).

(٣) ينظر: مختصر القدوري (١/ ٨٤)، المبسوط (١/ ٢٤٦)، بدائع الصنائع (٥/ ١٤٥)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٤٩).

يهدر؛ لأن المبيع لا يخلو عن قليل فساد في الغالب، فلو لم يهدره أدى إلى إبطال البياعات بأسرها. (٢٠٧/أ)

[تفريق الصفقه في المعيب]

اشترى عبدين، فقبض أحدهما، ووجد بالآخر عيبًا، ليس له أن يردَّه وحده؛ لأنه يؤدي إلى تفريق الصفقه قبل تمامها، ووجد بالمقبوض عيبًا، اختلفوا فيه، والصحيح: أنه لا يرده وحده. [١]

[تصرف المشتري في المبيع بالنقص أو الزيادة قبل رؤية العيب]

اشترى ثوبًا فقطعه، ثم اطلع على عيب به، فليس له أن يردَّه، لفقد شرطه؛ لأن القطع عيب، ويرجع بالأرش[٢].

وإن قال البائع: أنا أقبله، كذلك فله ذلك[٣]؛ لأن امتناعَ الردِّ لحقه.

ولو باعه المشتري وقد علم بعيبه، أو لم يعلم، بطل حقُّه في الرد والرجوعِ بالأرش[٤]؛ لأن الردَّ امتنع بفعله؛ لأنه صار ممسكًا به، وإن قطعه وخاطه، بطل حقُّه في الرد، دون الرجوع بالأرش.

وإن قال البائع: أنا أقبله، كذلك، ليس له ذلك؛ لأن الردَّ امتنع حكمًا للزيادة، فأشبه هلاك المبيع، ولو باعه المشتري بعد ذلك، وهو يعلم بالعيب، أو لا يعلم، له أن يرجع بالأرش؛ لأن الردَّ ما امتنع بفعله؛ لأنه كان ممتنعًا قبله[٥].

---

(١) ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٥٠).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٥١)، عيون المسائل (١/ ١٥٢)، مختصر القدوري (١/ ٨١)، الهداية شرح البداية (٣/ ٣٨)، البناية شرح الهداية (٨/ ١١٠).

(٣) أي: فله أن يرده ولا يرجع بنقصان العيب. ينظر: البحر الرائق (٦/ ٥٥).

(٤) ينظر:الجامع الصغير (١/ ٣٥٢).

(٥) ينظر: خزانة الفقه (١/ ١٧٣)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٥١)، الهداية شرح البداية (٣/ ٣٨).

ولو اشترى ثوبًا وفصَّله قميصًا لابنه الصغير، ثم وجد به عيبًا، ليس له أن يردَّه، ويرجع بالأرش؛ لأنه بالقطع صار واهبًا لولده، ومسلمًا إليه؛ لأن قبضه ينوب عن قبضه، وصار مخرجًا له عن ملكه قبل الخياطة، فامتنع الرد بفعله[١].

ولو فصَّله لابنه الكبير، والمسألة بحالها، له أن يرجع بالأرش؛ لأنه وإن صار واهبًا له بالتفصيل له، لكن الهبة لا تتم إلا بالتسليم إليه، وأنه لم يوجد إلا بعد الخياطة، فلم يمتنع الرد بفعله؛ لأنه كان ممتنعًا قبله بالخياطة.

ولو صبغه أحمر وأصفر، ثم وجد به عيبًا، ليس له أن يردَّه، وله أن يرجع بالأرش[٢]. **ولو قال البائع**: أنا أقبله كذلك ليس له ذلك، لما مرَّ، وإن باعه بعد ذلك وهو يعلم بالعيب أم لا، له أن يرجع بالأرش؛ لأن الردَّ ما امتنع بفعله؛ لأنه كان ممتنعًا قبله[٣].

[الدلالة والإفصاح بالرضى في المبيع]

اشترى جاريةً فوجد بها قرْحًا، فداواها، أو دابة، فركبها لحاجته، فهذا رضى منه بالعيب؛ لأنَّ الأصل: أن كلَّ تصرفٍ لا يجوز إلا في الملك إذا فعله يكون دليلاً على الرضى؛ لأنه لا يستجيزه إلا باستبقاء الملك، وأنه دليلُ الملك، وهذا التصرف لا يجوز إلا في الملك، فيكون دليل الرضى، وأنه بمنزلة صريحة[٤].

---

(١) ينظر:عيون المسائل (١/ ١٥٢)، شرح الجامع الصغير لاضضي خان (١/ ٣٥٢)، الهداية شرح البداية (٣/ ٣٨)، المحيط البرهاني (٦/ ٥٧٢).

(٢) ينظر: الهداية شرح البداية (٣/ ٣٨).

(٣) لأن الرد هنا متعذرٌ للزيادة الحادثة في الثوب من مِلك المشتري. ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٥٢)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٩١)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٥١). المحيط البرهاني (٦/ ٥٧٢).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٥١)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٧٠)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٥٠)، الهداية شرح البداية (٣/ ٤١).

وإن ركبها ليردها على صاحبها، أو ليسقيها، أو ليشتري لها علفًا(1) فهذا ليس برضًى، أمّا في الركوب / ، للردِّ فيجري على إطلاقه؛ لأنه لا يمكنه إلا بالركوب، إما لصعوبة في الدابة، أو لعجز فيه، وفي الركوب للسقي، وحمل العلف، يفصل: إن كان له منه بدٌّ، فهو دليلُ الرضى، وإن لم يكن له منه بدٌّ، لا يكون دليلَ الرضى. (٢٠٧/ب)

[العبد السارق أو المحدود إذا بيع]

اشترى عبدًا سرق عند البائع، ولم يعلم به، فقطع عنده، رده، واستردَّ الثمنَ كلَّه، عند أبي حنيفة(2)، وعند صاحبيه: لا يرد، بل يرجع بنقصان ما بين قيمته سارقًا، وغير سارق؛ لأنَّ أبا حنيفة يجريه مجرى الاستحقاق(3) وأنه عيب في الباقي مضافًا إلى ضمان البائع، وهما يجريانه مجرى العيب الحادث، غير مضاف إلى ضمان البائع؛ لأن المضاف إلى ضمانه الوجوب فقط.

وإن سرق في يد المشتري مرة أخرى، فقطع فيهما، فالجواب عندهما، لا يختلف؛ لأنه بمنزلة العيب، وعند أبي حنيفة: ليس له أن يردَّ أيضًا(4) ، إلا أن يرضى به البائع؛ لأنه تَعيَّب عنده أيضًا، فإن لم يرض البائع، رجع عليه بربع الثمن؛ لأن اليد من العبد نصفه، وقد هلك نُصف النصف في ضمان البائع عند

(١) قال في المغرب: «علف الدَّابَّةَ في الْمِعْلَفِ- بِكَسْرِ الْمِيمِ- عَلَفًا أَطْعَمَهَا الْعَلَفَ وَأَعْلَفَهَا لُغَةٌ». المغرب (١/ ٣٢٦).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٥٢)، عيون المسائل (١/ ١٥٢)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٥٣)، المحيط البرهاني (٦/ ٥٥٧).

(٣) الاستحقاق لغة: من استحق الشيء؛ أي: استوجب، والاستحقاق طلب الحق. وفي الاصطلاح: (هو صيرورة الشخص مستحقًّا للشيء أو هو ظهور كون الشيء حقا للغير). ينظر: مختار الصحاح (١/ ٧٧)، معجم لغة الفقهاء (١/ ٢٠٢).

(٤) ينظر:الجامع الصغير (١/ ٣٥٢)، شرح الجامع الصغير (١/ ٣٥٣)، الهداية شرح البداية (٣/ ٤١).

أبي حنيفة، فيرجع بذلك القدر، وهو ربع الكل، وإن رضي به، وقبله، رجع بثلاثة أرباع الثمن، ذكر أنه لم يعلم به المشتري، أما إذا علم به حين اشترى، فعندهما، لا يرجع بالأرش؛ لأنه عندهما بمنزلة العيب، وقد رضي حيث اشتراه مع علمه به، وقيل: قول أبي حنيفة مثل قولهما.

والصحيح أنه يرجع عنده بمنزلة الاستحقاق، والعلم والجهل في ذلك سواء، فإن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع[١].

وإن قتل عند المشتري بسبب وجد عند البائع، بأنِ ارتدَّ، أو قتَلَ عمدًا، فعند أبي حنيفة يستردُّ كلَّ الثمن، وعند صاحبيه: يقوِّم حلال الدم، وحرام الدم، فيرجع نقصان ما بينهما؛ لأنه عندهما بمنزلة عيب وجد في ضمان المشتري[٢]؛ لأن تلف المالية وجد بسببٍ وجد في ضمان المشتري، وهو القتل غير مضاف إلى ضمان البائع؛ لأن المضاف إلى ضمان البائع الوجوبُ، لا التلفُ، ولا يسترد كل الثمن، كما إذا زنا عند البائع، فجلد عند المشتري ومات[٣].

---

(١) قال البابرتي رَحِمَهُ اللَّهُ في العناية (٦/ ٣٩٥): «لأن اليد نصف الآدمي وتلفت بالجنايتين، وفي إحداهما الرجوع على البائع، فيُقسَم النصفُ عليهما بنصفين، والنصف الآخر يرجع فيه على البائع فيَرُدُّه العبد عليه».

(٢) قال السرخسي رَحِمَهُ اللَّهُ في مبسوطه (١٣/ ١١٥) معللًا: «لأن العبد بعدما حلَّ دمُه مال متقوِّم، وحِلّ الدم عيب فيه، ومن اشترى شيئًا معيبًا، وتعذر عليه الرد بعدما قبضه، رجع بحصة العيب من الثمن، كما لو كان زانيًا، فجلد عند المشتري، ومات، وبيان الوصف أن بيع حلال الدم صحيح، وبالقبض ينتقل إلى ضمان المشتري، بدليل أنه لو مات، كان الثمن متقرِّرًا على المشتري. . . ».

(٣) ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٥٤)، المحيط البرهاني (٦/ ٥٥٧)، كشف الأسرار (١/ ١٦٠).

ولنا: أن تلف المالية حصل بسببٍ في ضمان البائع، فيرجع بكل الثمن، كما إذا استحق؛ آية أنه كذلك: أن سبب تلف المالية استحقاقُ الدم المتأكد باستيفاء، ويعني به وقوع الأمن عن سقوطه، وأنه وجد في ضمان البائع؛ لأن استحقاق الدم وجد في ضمانه بسببٍ وهو القتل، أو الردة، لكن كان محتمل السقوط / ، بالعفو في القصاص والإسلام في الردة، فلما استوفي بأن قتل، تأكد ذلك الاستحقاق لوقوع الأمن عن سقوطه، والتأكدُ وصف الاستحقاق، فيستند إليه، وأنه كان في ضمان البائع؛ أي أن الاستحقاق المتأكد سببُ تلفِ المالية؛ لأن المال ما تميل إليه النفوس، لإقامة المصالح به، والانتفاع، والنفوس لا تميل إلى إمساك حيوان استحق دمه استحقاقًا متأكدًا للانتفاع به ولإقامة المصالح؛ لأنه لا يتحقق منه ذلك، فثبت أن تلف المالية وجد بسببٍ حصل في ضمان البائع، فيرجع بكلِّ الثمن؛ كالاستحقاق، بخلاف ما إذا زنا عند البائع، فجلد في يد المشتري؛ لأن المستحق جلد، وليس بدم. (٢٠٨/أ)

[من اشترى عبداً، فأعتقه، ثم اطلع على عيب]

فإن أعتقه المشتري، ثم قتل، أو قطع، فعندهما، يرجع؛ لأنه بمنزلة العيب عندهما، وعند أبي حنيفة: لا يرجع؛ لأن تلف المالية كان حاصلاً قبل القتل، وحين وَرَدَ عليه القتلُ، لم يكن مالاً، لما بينا، فلم يحصل تلفُ المال به.

وإن تداولته البيوع[1] فعندهما: إن علم بعضهم لا يراجع؛ لأن عندهما هو بمنزلة الاستحقاق[2].

---

(١) أي: إن تداولته الأيدي، ثم قطع في يد الأخير، رجع الباعة بعضهم على بعض، في قول أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ كما في الاستحقاق، وعند أبي يوسف ومحمد، رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: يرجع الأخير على بائعه، ولا يرجع بائعه على بائعه؛ لأنه بمنزلة العيب. ينظر: العناية شرح الهداية (٦/ ٣٩٥).

(٢) ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٥٤)، تبيين الحقائق (٤/ ٤٣)، البحر الرائق (٦/ ٧٢)، مجمع الأنهر (٢/ ٥١).

[انفساخ البيع الثاني، وبقاء الأول]

ولو رد عليه بعيب بقضاء قاض، إما بينة، أو إباء بيمين، [١] أو إقرار، فله أن يخاصم بائعه ويرد عليه، لما بينا أنَّ الردَّ بالقضاء، فسخٌ في حقِّ الكافة، فانفسخ البيع الثاني، والتحق بالعدم، فبقي الأول بحاله، فله أن يخاصم حتى يفسخه، بخلاف ما إذا كان الردُّ بغير قضاء، حيث لا يخاصم؛ لما بينا أنه فسخٌ في حق المتعاقدين، بيع جديد في حق ثالث[٢]، بخلاف الوكيل إذا رد عليه بعيب بقضاء قاض، إما ببينة أو نكول، حيث يلزم الموكل، ولا يحتاج إلى الخصومة؛ لأنه عقدٌ واحدٌ انفسخ والتحق بالعدم، بخلاف الأول؛ فإن ثمَّ عقدين انفسخ الثاني وبقي الأول، وهذه المسألة بتفاصيلها مذكورةٌ في الباب الذي يلي هذا[٣].

[اشترى عبدا فأعتقه، ثم اطلع على عيب]

إذا اشترى عبدًا، فأعتقه على غير مال، ثم اطَّلع على عيب به، رجع بالعيب عندنا[٤]، وعند الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يرجع[٥].

---

(١) قال أبو البقاء الحنفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ في كتابه(الكليات) (١/ ٢٨). «كل إباء امْتنَاع بلا عكس، فإن الإباء شدَّة الِامْتِنَاع، وإباء الشكيمة: مثل فِيهِ؛ وَيُقَال: أبي على فلَان وتأبي علَيه: إذا امْتنع».

(٢) ذكره في بداية الباب.

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٥٣)، مختصر اختلاف الفقهاء (٣/ ١٤٧)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٨٢)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٥٤).

(٤) وفي القياس عند فقهاء الحنفية:يرجع. ووجه الاستحسان:أن اعذر الرَّد ههنا ليس من قبل المشتريل؛ لأن الاعتاق ليس بإزالة المِلك بل المِلك ينتهي بالاعتاق. ينظر:الجامع الصغير(١/ ٣٥٣)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٠)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٥٥).

(٥) بالرجوع إلى كتب الفقه الشافعي لم أقف على هذا النقل الذي ذكره الشارح فيما رجعت إليه من كتب المذهب، والذي وجدته هو خلاف القول، حيث قال العمراني رَحِمَهُ ٱللَّهُ من فقهاء الشافعية: له الرجوع، ووافق الكردري بهذا النقل الكاساني رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ في بدائع الصنائع، (٦/ ٣٦٩)، ولكن خالفهما ابن الهمام، في فتح القدير (٦/ ٣٦٩)، حيث نصَّ أن قول الشافعي: له الرجوع. ينظر: البيان (٤/ ٤٢١)، روضة الطالبين (٣/ ٢٢٦، ٤٦٧)، أسنى المطالب (١/ ٥٤٧).

وأجمعوا على أنه لو أعتقه على مال، ثم اطلع على عيب، لا يرجع بالأرش، والشافعي يعتبره بهذا.

ونحن نفرق بينهما ونقول: الإعتاق: إنهاءُ ملك قصدًا، فلو أنهي الملك تبعًا لانتهاء الحياة بالموت، يرجع بالأرش، فإذا انتهى بالإنهاء قصدًا، كان أولى، بخلاف الإعتاق على مال؛ لأنه أخذ بدله، وتمسك به، وإمساك بدله كإمساك عينه، ولو أمسك عينه، لا يرجع، فكذا هذا. والله أعلم بالصواب. / (٢٠٨/ب)

* * *

باب الوكالة بالبيع والشراء

الأصل فيه:

وهو أنَّ الوكيل متى أوقع التصرفَ على موافقه الوكيل، لزم الموكل، وإن أوقع على مخالفته، لا يلزمه، إلا إذا كان خلافًا إلى خير[1]؛ لأنه تصرف بولاية استفادها من الموكل، فثبتت له بالقدر الذي أثبته، فإذا خالف، فقد تصرف بغير ولاية، فلا يلزم الموكل، لكن ينظر: إن كان التصرفُ بيعًا، توقف على إجازة الْمُوَكِّل؛ لأنه لم يجد نفاذًا على المتصرف؛ فأشبه بيع الفضولي، وإن كان شراءًا لزم المشتري[2]؛ لأنه وجد نفاذًا عليه، فلا يتوقف، بخلاف مخالفته إلى خير؛ لأنه لا يعد خلافًا؛ لأن الإذن به ثابتٌ دلالةً، والكلام بحقيقته؛ لأنه أحق بوضعه، فلا يصرف إلى غيره، إلا بصارف، والصارف قد يكون دلالة كلامه، وقد يكون عرف مشتهر.[3]

فإذا عرف هذا نقول:

[فهم كلام الوكيل على العموم المتعارف]

قال: دفع إلى رجل دراهم، وقال: اشتر لي بها طعامًا، فهذا على الحنطة ودقيقها؛ لأن اسم الطعام بحقيقته وإن كان يتناول كل مطعوم، لكن العرف

---

(١) من القواعد الفقهية عند الحنفية الوارده بنحوها في كتب الفقه وقواعده: **(أن تصرف المأمور، إذا وافق الآمر، ينفذ على الآمر)**. ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٩)، درر الحكام (٢/ ٢٨٩)، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (١/ ١٧٦).

(٢) من القواعد الفقهية المقررة: **(أن الوكيل بالشراء إذا خالف يكون مشتريًا لنفسه، والوكيل بالبيع إذا خالف، يتوقف على إجازة الْمُوَكِّل)**. ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٩)، كشف الأسرار (٣/ ١٣٥)، الجوهرة النيرة (١/ ٣٠٧).

(٣) المعنى إن إعمال كلام المتكلم من شارع، أو عاقد، أو حالف، أو غيرهم، إنما يكون بحمل ألفاظه على معانيها الحقيقية عند الخلو عن القرائن التي ترجح إرادة المجاز. وقد سبق توثيق القاعدة، في كتاب الأيمان ص(١٣٠).

المستمر خصه بهما حال إضافة البيع والشراء إليه، فانصرف إلى المتعارف وبقي فيما وراءه على الأصل(١).

وعن الفقيه أبي جعفر: إن كانت الدراهم كثيرةً، فهو على الحنطة، وإن كانت قليلةً، فهو على الخبز، وإن كانت فيما بينهما، فهو على الدقيق، تحاكما إلى دلالة حاله. (٢)

[إذا خالف المأمور الآمر فيما وكّل به]

رجلٌ أمر رجلاً ببيع داره، فباع نصفها، جاز عند أبي حنيفة(٣)، وعند صاحبيه، لا يجوز حتى يبيع النصف الآخر، ولو أمره بشراء دار بعينها، فاشترى نصفها، لا يجوز في قولهم. (٤)

لهما: أن مطلق كلامه يقيد بالعرف(٥)؛ لأن بيع النصف تعييب، وفي العرف لا يريدون بالمطلق ذلك، ولهذا يقيد مطلق التوكيل بالشراء به.

---

(١) أي: فصار التَّقْييد الثَّابت بالعرف كالثَّابت بالنَّصّ. ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٥٣)، الفروق للكرابيسي (٢/ ٢١٨)، المبسوط (١٩/ ٤١)، بدائع الصنائع (٦/ ٣١)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٥٦).

(٢) ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٥٦).

(٣) جاء في تبيين الحقائق (٤/ ٢٧٢): «وأصل ذلك أن أبا حنيفة يَعتبر العموم والإطلاق في التوكيل بالبيع، وأما في التوكيل بالشراء، فيعتبِر المتعارف الذي لا ضرر فيه، ولا تهمة، وعندهما، كلاهما سواء».

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٥٣)، مختصر الطحاوي (١/ ١١١)، مختصر القدوري (١/ ١١٧)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٧)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٥٦).

(٥) من القواعد الفقهية عند الحنفية، وهي كثيرة الدوران: (أن اعتبار العادة، والعرف، يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة، فقالوا في الأصول في باب: ما تترك به الحقيقة: تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة». وقد سبق بيان القاعدة في كتاب الأيمان، مسألة: حلف لا يأكل لحما، فأكل سمكا.

ولنا: أن العرفَ بالبيع غيرُ مستمر، فلا يصلح مقيدًا[(١)]؛ لأن المرء كما يقصد بالبيع الربح، يقصد تحصيلَ المال فحسب على أي وجه كان لحاجته إلى المال، لتحصيل أمر مهم له، بخلاف العرف في الشراء فإنه مستمرٌّ، فصلُح مقيدًا[(٢)].

ولو أمره بشراء دار بعينها، فاشترى شقصًا[(٣)]، حتى أتى على الكل، جاز؛ لأنه وكله بشراء الكل، وقد اشترى شقصًا حتى أتى الكل جاز؛ لأنه وكله بشراء الكل وقد اشترى الكل، وأنه المقصود، ولأنه قد لا يتفق له أن يشتري [الكل][(٤)].

[إنكار الموكل لشراء الوكيل له]

[رجلٌ أمر رجلاً أن يشتري له][(٥)] عبدًا بألف درهم، فقال: فعلت، ومات عندي، وقال الآمر: هو عبدك اشتريته لنفسك، فهذا لا يخلو: / (٢٠٩/أ)

إمَّا أن أمره بشراء عبد بعينه، أو بغير عينه، وكل واحد لا يخلو إما: أن ينقد الثمن أو لم ينقده، وكل واحد منهما لا يخلو: إما أن أخبره بشرائه له، والعبد حي أو ميت، فإن أمره بشراء عبد بعينه فأخبره بشرائه والعبد حي، وكذبه الآمر، فالقول للمأمور[(٦)] سواء كان الثمن منقودًا، أو غير منقود؛ لأنه أقرَّ بما يملك إنشاءه، فلا يكذب فيه لانتفاء التهمة؛ لأن العاقل لا يكذب لتحصيل أمر يمكنه تحصيله بدون الكذب.

---

(١) أي: لأن الدار قد تباع وتشترى مرارًا. ينظر: فتح القدير (٥/ ١٥٣).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٥٤)، الهداية شرح البداية (١/ ١٩٨)، المحيط البرهاني (٣/ ٣٢)، العناية شرح البداية (٩/ ١٥١)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/ ٨٤).

(٣) الشِّقص لغة: الجزء من الشيء والنصيب. ينظر: الصحاح (٣/ ١٠٤٣)، طلبة الطلبة (١/ ٢٦).

(٤) ما أثبته السياق يقتضية. والزيادة من شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٥٧).

(٥) سقط . وما أثبته موافق لمتن الجامع الصغير (١/ ٣٥٤).

(٦) وهو محل إجماع عند الحنفية. ينظر: الهداية شرح البداية (٣/ ١٤٢)، درر الحكام (٢/ ٢٨٦).

وإن كان ميتًا: إن كان الثمنُ منقودًا، فالقولُ قولُ المأمور؛ لأنَّ الثمنَ أمانةٌ في يده، فالقول للآمر في تخليص نفسه عن العهدة[1]، وإن لم يكن منقودًا، فالقولُ قولُ الآمر؛ لأن غرضه الرجوعُ عليه بالثمن، وهو ينكر، فكان القولُ قولَ المنكر، وإن كان مأمورًا بشراء عبد بغير عينه، فأخبره بشرائه له، والعبد حي، إن كان الثمنُ منقودًا، فالقول قولُ المأمور؛ لأنه أمين فيقبل قوله في براءة نفسه وتخليصه عن العهدة.

وإن لم يكن منقودًا، فالقول قول الآمر في قول أبي حنيفة[2]، وعند صاحبيه: القول قول المأمور؛ لأنه أقر بما يملك إنشاءه، فيصدق كما في العبد المعين، ولأبي حنيفة، أن مطلق كلامه يقيد بما لا تهمة فيه، وههنا تهمةٌ، فلم يتناوله التوكيل.

وبيانه: وهو أن من المحتمل أنه اشتراه لنفسه، ثم رآه لا يوافق غرضه، أراد إلزامه بإضافة الشراء إليه، وهذا أمر متعارف فيما بين التجار، وبهذا ظهر أنه أقر بما لا يملك إنشاءه، وإنما قبلنا قولَه إذا كان الثمنُ منقودًا؛ لأنه أمينٌ، فيقبل قوله في براءة نفسه، فإذا قبل قوله في براءة نفسه، قبل فيما يبيعه، وإن كان العبدُ هالكًا، وهي مسألة الكتاب، فأخبر بشرائه وأنكر الآمر، إن كان الثمنُ منقودًا، فالقولُ قولُ المأمورِ، لما بينا، وإن لم يكن منقودًا، فالقول قول الآمر؛ لأن غرضه الرجوعُ عليه، وهو ينكر[3].

---

(١) العهدة لغة: وثيقة المتعاقدين. وفي الاصطلاح: (هي ضمان الثمن للمشتري، إذا استحق المبيع، أو وجد فيه عيب). ينظر: المعجم الوسيط (٢/ ٦٣٤)، التعريفات (١/ ١٥٩).

(٢) ينظر:الهداية شرح البداية (٣/ ١٤٢)، العناية شرح الهداية (٨/ ٥٣)، البناية شرح الهداية (٩/ ٢٥١).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٥٤)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٥٧)، الهداية شرح البداية (٣/ ١٤٦)، مجمع الأنهر (٢/ ٢٣٠).

[إنكار الوكيل لشراء موكله]

رجلٌ قال لآخر: بعني هذا العبد لفلان، فباعه، ثم قال: لم يأمرني به فلان، وقال فلان: قد أمرتك به، له أن يأخذ العبد؛ لأن قولَه: بعني لفلانٍ، إقرارٌ منه بتوكيله، وقد اتَّصل به التصديق، فاستحكم الأمر(١).

وإن قال فلان: لم آمره به، ليس له أن يأخذه، ولزم المشتري؛ لأن إقراره بالتوكيل أريد بتكذيبه، إلا إذا سلمه(٢) إليه وقبله، فحينئذ يكون بيعًا بالتعاطي؛ كمنِ اشترى لغيره بغير أمره، ثم طلب منه وسلمه إليه على وجه التمليك، يكون بيعًا بالتعاطي، كذا هذا. (٢٠٩/ب)

فدلتْ هذه المسألةُ / على أن البيع بالتعاطي: بالأخذ وإعطاء الثمن ينعقد بالأخذ بلا إعطاء الثمن، فإن ههنا لم يوجد إعطاء الثمن، ومع ذلك جعله بيعًا بالتعاطي، فدلت هذه أيضًا على أن بيعَ التعاطي، يجوز في الأشياء النفيسةِ، كما يجوز في الأشياء الخسيسةِ، فإن العبدَ من الأموال النفيسة، وبهذا ظهر فسادُ قولِ من يقول من أصحابنا: إن بيع التعاطي لا يجوز، إلا في الأشياء الخسيسة(٣).

[رد المشتري المبيع على الوكيل بالعيب]

الوكيل بالبيع إذا باع فقبضه المشتري منه، أو لم يقبض حتى رد عليه بعيب بقضاء قاض إما ببينة أو إباء يمين أو إقرار والعيب لا يحدث مثله، لزم الموكل بلا خصومة؛ لأن مستندَ القضاء علمُ القاضي؛ لأن القاضي علم بكون العيب

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٥٤).

(٢) أي:المشتري.

(٣) وهو مذهب الكرخي، رَحِمَهُ اللَّهُ. قال الزيلعي رَحِمَهُ اللَّهُ: والصحيح الأول؛ لأن البيع باعتبار الرضى لا بصورة اللفظ، وقد وجد التراضي من الجانبين، فوجب أن يجوز. ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٤٣)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٥٩)، الهداية شرح البداية (٣/ ١٤٢). وجاء في أنيس الفقهاء: «النفيس: ما يكثر ثمنه؛ كالعبيد، والإماء. والخسيس: ما قلَّ ثمنه؛ كالبقل، والرمان، واللحم، والخبز. والشرط في بيع التعاطي: الإعطاء من الجانبين عند شمس الأئمة الحلواني. وقيل: الإعطاء من أحد الجانبين يكفي». أنيس الفقهاء (١/ ٧٣).

عند البائع لا إلى هذه الحُجج الثلاث، وإنما ذكر هذه الأمور الثلاثة، وإن كانت الحاجة لا تمس إلى ذكرها؛ لأن القاضي علم أن العيب لا يحدث في مدة شهر مثلاً، لكن اشتبه عليه تاريخ البيع، فلهذا احتاج إلى هذه الأشياء، أما إذا علم تاريخ البيع، وعلم أن العيب لا يحدث في مثله، لا يحتاج إلى هذه[1].

وإن كان عيبًا يحدث مثله، وقد رده بقضاء، إما ببينة، أو إباء يمين، لزم الموكل أيضًا؛ لأن البينةَ حجةٌ في حق الكافة[2]، والنكول وإن كان بدلًا، أو إقرارًا، لكنه كان مضطرًا فيه؛ لأنه لا يجوز له الإقدام على اليمين الفاجرة، والموكل هو الذي أوقعه في الورطة، فيجب عليه تخليصه[3].

وإن رد عليه بإقراره بقضاء، لا يلزم الموكِّل، بل له: أن يخاصم ويلزمه، إما بينته، أو نكوله؛ لأن الردَّ بقضاء وإن كان فسخًا في حق الكل، لكنه استند إلى حجة قاصرة، وهو الإقرار[4]، فمن حيث إنه حجةٌ قاصرةٌ، لا يلزم الموكل بلا خصومة، ومن حيث إنه فسخ في حق الكل، له أن يخاصم، ويلزمه بالحجة، وإن كان عيبًا لا يحدث مثله، وقد رده عليه بغير قضاء، هل يلزم الْمُوَكِّل؟ ذكر في عامة روايات المبسوط: أنه لا يلزم[5].

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٥٤)، المبسوط (١٣/ ١١٩)، تحفة الفقهاء (٢/ ٩٦)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٨١)، الهداية شرح البداية (٣/ ١٤٦).

(٢) أَي: متجاوزة إِلى غير من قامت عليه، وملزمة لهُ. تنظر هذه القاعدة في: المبسوط (٧/ ٨٣)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٨١)، شرح القواعد الفقهية، للزرقا (١/ ٣٩٥)، قواعد الفقه لمحمد عميم (١/ ٦٦).

(٣) ينظر:بدائع الصنائع (٥/ ٢٨١).

(٤) من القواعد الفقهية: (أن الإقرار حجة قاصرة في حق المقر). المعنى: أن الإقرار حجَّة قَاصِرَة على نفس الْمقر لَا تتجاوزه إِلى غيره، لأَن كونه حجَّة يتبنى على زعمه، وزعمه ليس بِحجَّة على غَيره، إلا إذا صدقه. ينظر: المبسوط (١١/ ٢٤)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (١/ ٢١٧)، قواعد الفقه، لمحمد عميم الإحسان (١/ ٦٦).

(٥) أي: لا يلزم الآمر، وليس للوكيل أن يخاصمه، وهو الصحيح المشهور . ينظر:المبسوط=

وذكر في (كتاب البيوع) أنه يلزم[١]؛ لأن العيب لما كان لا يحدث مثله، تعين الرد، ونزَّل فعلَهما منزلةَ القاضي؛ لأنهما فعلا عين ما يفعله القاضي فأشبه قضاء الدين والأخذ بالشفعة والرجوع بالهبة.

وجه عامة الروايات: وهو أن الردَّ بغير قضاء، فسخٌ فيما بين المتعاقدين، بيع جديد في حق ثالث[٢]، فصار كأنَّ الوكيلَ اشترى منه، ولا يسلم أنهما فعلا عين ما يفعله القاضي؛ لأن للقاضي ولاية الفسخ، وليس لهما ذلك، فاختلف الفعل لاختلاف الولاية[٣].

[توكيل العبد بشراء نفسه]

رجلٌ قال لعبد: اشتر لي نفسك من مولاك، فقال:نعم، فقال لمولاه: بعني / نفسي بكذا لفلان، فباعه وقع الشراء للآمر، وإن قال: بعني نفسي، ولم يقل: لفلان، عتق العبد، وعليه الثمن. [٤] (٢١٠/أ)

وأصل ذلك: وهو أن العبد يصلح وكيلاً في شراء نفسه عن غيره؛ لأنه أجنبيٌّ عن مالية نفسه، إلا أن شراءه نفسه لا يصلح للإمساك؛ لأنه إعتاق، وشراؤه نفسه لغيره تمليكٌ، فإذا أطلق فمطلقه، وإن كان يصلح لهذا، وكذلك إلا أنه ينصرف إلى شرائه نفسه لنفسه؛ لأن الأصل: أن يقع تصرف الإنسان لنفسه، وأما إذا قيده بالشراء لفلان، يقع له؛ لأنه صرح أنه يشتريه له، بخلاف سائر الوكالات، حيث يصرف مطلقه إلى الشراء للآمر؛ لأن شراءه لنفسه وشراءه لغيره يقع على نمطٍ واحدٍ، فيصلح فعله امتثالاً للأمر، فيقع للآمر، بخلاف هذا لما بينا.

= (١٨/ ١٣٥)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٨١).

(١) ينظر: كتاب الأصل (٢/ ٥٠٢).

(٢) قاعدة فقهية سبق توثيقها.

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٥٤)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٨١)، الهداية شرح البداية (٣/ ١٤٦).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٥٤)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٦٢)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ١٦٠).

[الوكالة بالخصومة والقبض]

رجل أمر رجلاً بقبض مال له [فادعى][1] الغريم [أنه][2] استوفاه رب المال، يقال له: ادفع المال إليه[3] واتبع رب المال واستحلفه، بخلاف ما إذا وكله بالرد بالعيب[4]، فقال البائع: رضي المشتري بالعيب، حيث لا يرد حتى يحضر المشتري فيحلفه؛ لأن في الفصل الأول، إذا ظهر الخطأ أمكنه التدارك بالاسترداد من الوكيل، وفي الفصل الثاني[5]، لا يمكنه؛ لأن الردَّ بقضاء فسخ، وقضاء القاضي في العقود والفسوخ، تنفذ ظاهرًا، وباطنًا[6] عند أبي حنيفة، فلا يمكنه فسخه، وأما عند محمد: يجب أن يكون الجواب فيهما على السواء؛ لأن عنده قضاءه ينفذ ظاهرًا لا باطنًا، فأمكنه التدارك بالفسخ، وأما عند أبي يوسف: إن [كان] المشتري حاضرًا، يحلفه بالله ما رضي بالعيب، سواء طلب البائع، أو لم يطلب، وإن كان غائبًا، ينبغي أن يكون قوله مثل قول محمد، **والصحيح**: أن عنده يؤخر إلى تحليف المشتري نظير للبائع[7].

* * *

(١) ما أثبته موافق لمتن الجامع الصغير (١/ ٣٥٥).
(٢) ما أثبته موافق لمتن الجامع الصغير (١/ ٣٥٥).
(٣) أي: للوكيل.
(٤) أي: ووكل وكيلا بالرد ثم غاب.
(٥) أي: لو ظهر صدق الغريم.
(٦) ينظر: أصول السرخسي (٢/ ٣٢٣)، بدائع الصنائع (٧/ ١٦)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٨٨)، درر الحكام (٢/ ٢٩٣).
(٧) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٥٥)، المبسوط (٧/ ٩٦)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٦٣)، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب (٢/ ٥٨٤).

باب الحقوق

الأصل فيه:

وهو أن البيع متى أضيف إلى محدود، أفاد حكمه فيه بطريق الأصالة، وفي بيعه المحض الداخل في الحدود بطريق التبعية من غير ذكر؛ لأن الحكم في الإتباع تثبت بعلل الأصول وشروطها، لا بعلل أنفسها.

وإن كان تبعًا من وجه أصلاً من وجهٍ، أو كان تبعًا لكنه خارج عن الحدود، لا يثبت حكمه فيه ما لم يشر بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو منه أو فيه؛ لأنه يحدث فيه الأمران:

أحدهما: يفضي بثبوت حكمه فيه وهو كونه تبعًا من وجه.

والآخر: لا يفضي، وهو كونه خارجًا عن الحدود، أو أصلاً من وجهٍ، فرجحنا أحدهما بذكر الحق والمرافق، وإن لم يكن تبعًا، بل كان أصلاً، لا يثبت / حكمه فيه، سواء اشترى بكل حق هو له، أو سكت عن ذكره؛ لأن ثبوت الحكم لا يخلو: إما أن يثبت بطريق الأصالة، أو بطريق التبعية، ولا وجه إلى الأول؛ لأن الحكم إنما يثبت في المحل بطريق الأصالة إذا أضيف التصرف إليه، وأنه لم يوجد. (٢١٠/ب)

ولا وجه إلى الثاني؛ لأنه إنما يثبت بطريق التبعية إذا كان بيعًا، ولم يؤجد ههنا، فإذا كان ثبوت الحكم فيه، لا يخلو عن الوجهين، وكلاهما ممتنعٌ، امتنع الثبوت[١].

---

(١) ينظر تقرير هذا الأصل في: المبسوط (٣٠/ ١٧٦)، الهداية شرح البداية (٣/ ٦٦)، المحيط البرهاني (٦/ ٣٠٨)، البناية شرح الهداية (٨/ ٣٠١).

فإذا عرف هذا نقول:

[ما لا يدخل تحت المبيع]

قال: اشترى منزلاً فوقه منزل، لا يدخل فيه الأعلى، حتى يشتري بكل حق هو له أو بمرافقه، أو بكل قليل وكثير(١)؛ لأن العلو أصل من وجه؛ لأنه منزل مثله، تبع من وجه؛ لأن قيامه بالسفل، وفي كونه مسكنًا لا يساويه؛ لأن السكنى فيه لا تتأتى فيه، كما تتأتى في السفل، فصار أصلاً من وجه، تبعًا من وجه، فلا يدخل في البيع بدون الذكر، لما مرَّ.

ولو اشترى بيتًا فوقه بيتٌ، لا يدخل العُلُوُّ فيه، سواء قال: بكل حق هو له، أو لم يقل؛ لأن البيت اسم لما يبات فيه، والعلو مثل السفل في هذا المعنى، وكان أصلاً في نفسه، فلا يثبت فيه الحكم، لما مر(٢).

ولو اشترى دارًا بحدودها، دخل فيه العلو والكنيف(٣)؛ لأنه بيع محض داخل في حدودها، فثبت فيه الحكم بدون الذكر، ولا تدخل الظلة عند أبي حنيفة، ما لم يقل: بكل حق هو لها، أو بمرافقها، أو بكل قليل هو فيها، أو منها؛ لأنها خارجة عن الحدود، وإن كانت تابعة، فلا تدخل في الحكم بدون الذكر؛ كالطريق الخارجة، وعند صاحبيه، إن كان مفتحُها إلى الدار تدخل؛ لأنها منها، قيل: هذا في عرف ديارهم، أما في عرف ديارنا ما وراء النهر، يدخل العلو في الفصول الثلاثة؛ لأن اسم خانة تشتمل الكل(٤).

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٥٦)، مختصر القدوري (١/ ٧٩)، المبسوط (١٤/ ١٣٧)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٦٥)، المحيط البرهاني (٦/ ٣٠٧).

(٢) ينظر ما سبق من المصادر.

(٣) الكنيف لغة: الساتر ويسمى الترس كنيفًا؛ لأنه يستر ومنه قيل للمذهب كَنِيف. والكنيف أيضًا: حظيرة من شجر تجعل للإبل. ينظر: تهذيب اللغة (١٠/ ١٥٢).

(٤) ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٦٥)، الهداية شرح البداية (٣/ ٦٦)، تبيين=

[دخول الطريق في بيع الدار]

اشترى بيتًا في دار، أو منزلاً، أو مسكنًا، لم يدخل فيه الطريق، والمسيل، ما لم يشتر بكل حق هو له، وكذلك الشِّرب في شراء الأرض؛ لأن هذه الأشياء خارجة عن الحدود، وإن كانت تابعةً، فلا تدخل إلا بالذكر لما مر، بخلاف الإجارة حيث تدخل هذه الأشياء بلا ذكر؛ لأنها عقد يرد على منافع خاصة، وأنه لا يمكن استيفاؤها بدون هذه الأشياء، فتدخل ضرورة، بخلاف البيع، فإنه عقدٌ للانتفاع في الجملة، وأنه يحصل بدون هذه الأشياء، بأن يشتري الطريق[1]. والله أعلم بالصواب.

***

= الحقائق (٤/ ٩٧)، النهر الفائق (٣/ ٤٨٢).

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٥٦)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٦٦)، الهداية شرح البداية (٣/ ٦٦).

باب الاستحقاق

الأصل فيه:

وهو أن استحقاق الجارية متى ثبت بالبينة تبعها الولد، ومتى ثبت بالإقرار لا يتبعها[١].

وإن التناقض في الدعوى لا يمنع صحتها إذا أمكنه التوفيق[٢]، وكذا إذا لم يمكنه في الأمور/ الخفية المشتبهة على الناس فإن التناقض في ذلك جعل عفوًا لمكان الحاجة[٣]. (٢١١/أ)

وإن العبد إذا قال لمشتريه: اشترني فإني عبد؛ فإنه يصير ضامنًا لسلامة العوض إذا تعذر استيفاء ذلك من البائع عند أبي حنيفة[٤].

فإذا عرف هذا نقول:

[استحقاق ولد الجارية إذا ولدت عند المشتري]

قال: رجلٌ اشترى جاريةً فولدت عنده، ثم استحقها رجلٌ بالبينة، أخذها وولدَها، وإن أقر بها لرجل لم يأخذ ولدَها، فإن البينةَ؛ كاسمها[٥] مُبيِّنةٌ أن

(١) ينظر هذا الضابط في: المبسوط (١١/ ٨)، تبيين الحقائق (٤/ ٩٩)، درر الحكام (٢/ ١٩٠)، غمز عيون البصائر للحموي (٢/ ٤١٦).

(٢) تنظر هذه القاعدة الفقهية في: المحيط البرهاني (٨/ ١٥٢)، درر الحكام (٢/ ١٤٠)، البحر الرائق (٦/ ١٦٧)، ترتيب اللآلي (١/ ٥٥٤) غمز عيون البصائر، للحموي (٢/ ٤٠٧)، قواعد الفقه، لمحمد عميم الأحسان (١/ ٧٢).

(٣) من القواعد الفقهية عند الحنفية (قاعدة: التناقض غير مقبول، إلا فيما كان فيه خفاء). ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/ ١٨٧)، ترتيب اللآلي (١/ ٥٥٢).

(٤) من القواعد الفقهية: (أن المغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العِوض تُجعل سببًا للضمان دفعا للضرر بقدر الإمكان). ينظر: تبيين الحقائق (٤/ ١٠١)، البناية شرح الهداية (٨/ ٣٠٨)، ترتيب اللآلي (٢/ ١٠٦٢).

(٥) من القواعد الفقهية الواردة في كتب الفقه وقواعده: (أن البينة حجة مطلقة كاسمها). وفي=

الجاريةَ كانت في ملك المستحق قبل الولادة، فظهر ثبوت الملك في الولد بطريق التبعية؛ لأنه كان متصلًا بها حينئذ، بخلاف الإقرار وأنه إخبار، لكن من شرط صحته ثبوتُ المخبر به سابقًا عليه، إما بزمان متصلٍ، أو منفصلٍ، فيثبت مقتضاه سابقًا عليه تصحيحًا له، والمخبر به ملك الأمِّ، دون الولد لَم يكن متصلاً به حينئذ حتى يثبت الحكم فيه بطريق التبعية، فإذا ثبت أن الولد يتبعها في الاستحقاق بالبينة، هل يشرط قضاء القاضي له بالولد، كما يشترط قضاؤه له بالأم؟

قال بعضهم: لا يشترط؛ لأن الولد تبع لـلأم، فيثبت الحكم فيه بطريق التبعية، لكنه بخلاف ما ذكره محمد[1]، فإنه قال: إذا قضى القاضي بالأصل تعرف الزوائد.

قوله: (تبع الأم)، قلنا: حالة الاتصال أم بعد الانفصال؟ فالأول مسلم، والثاني: ممنوع، وحين وجد القضاء كان الولدُ منفصلاً، فلم يكن تبعًا[2].

[رجل شهد في البيع، ثم ادعى ملك المبيع]

رجلٌ اشترى غلامًا، فكتب رجل شهادته عليه، وختم[3]، لم يكن هذا تسليمًا، بل هو على دعواه[4]؛ لأن شهادته بالبيع لا يكون إقرارًا بالملك للبائع؛ لأنَّ المرءَ

= لفظ آخر: (الثابت بالبينة بمنزلة المعلوم عند القاضي). ينظر: المبسوط (١٦/ ٩٩)، الهداية شرح البداية (٣/ ٦٦)، مجلة الأحكام العدلية (المادة: ٧٥)، شرح القواعد الفقهية للزرقا (١/ ٣٦٧)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب (١/ ٥٨١).

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٥٧).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٥٧)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٣٣)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٦٩).

(٣) صورة المسألة: أنه في الزمان الأول، كانت العادة أنهم إذا كتبوا صك الشراء كانوا يلصقون في آخر الصك طينة حتى يختم الشاهد عليها بخاتمه؛ ككتاب القاضي إلى القاضي.

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٥٧)، اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (١/ ٢٨)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٣٣).

قد يبيع ملك نفسه، وقد يبيع ملك غيره، وكذا لا يكون إقرارًا بجوازه؛ لأن المرءَ قد يباشر البيع الفاسدَ، كما يباشر الصحيح، فله أن يقول: شهدت بالبيع، لكنه بيعٌ فاسدٌ أو باطلٌ.

وقال بعض مشايخنا: إن كان في شهادته ما يدلُّ على ثبوت الملك للبائع، يبطل دعواه لنفسه وإلا فلا، نحو أن كتب في الصك: باعه وهو يملكه، وكتب وشهد بذلك فلان؛ لأن قوله: (**شهد بذلك**)، إقرارٌ منه ببيع ملكه، فيكون في دعواه الملك لنفسه بعد ذلك مناقضًا.

أما إذا كتب: **شهد على إقرارهما بذلك**، لا يبطل دعواه الملك لنفسه؛ لأنه أمكنه أن يوفق بأن يقول: أقر بذلك، لكنه إقرار باطلٌ.

[الرجوع على عبد أقر بالعبودية، فإذا هو حر]

رجلٌ: اشترى عبدًا، فإذا هو حرٌّ، وقد قال العبد له: اشترني فإني عبدٌ، إن كان البائع حاضرًا أو غائبًا غيبةً معروفةً، لا يرجع على العبد بشيء، وإن كان غائبًا لا يدري مكانه، رجع على العبد بالثمن، ثم العبد على البائع[1]، وعن أبي / يوسف: لا يرجع على العبد بحال[2]؛ لأن الثمن إنما يلزم المشتري أو الكفيل، والعبد ما اشترى وما كفل، لأن هذا القول منه ليس بضمان، بدليل أن إخباره لو قال: اشتره فإنه عبد، لا يرجع عليه، وكذلك إذا قال العبد له: ارتهني، فارتهنه، فإذا هو حرٌّ[3]. (٢١١/ب)

---

(١) وجه ظاهر الرواية هو ما ذكره القاضي خان في شرحه للجامع الصغير (١/ ٣٧٠)، بقوله: «أن المشتري إنما أقدم على الشراء معتمدًا على كلام العبد، فصار بمنزلة المغرور من جهته، والغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العِوض يُجعل سببًا للضمان دفعًا للغرور بقدر الإمكان».

(٢) ينظر: المحيط البرهاني (٧/ ٢٩١).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٥٧)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٣٣)، شرح=

ولنا: أنه أمره بالشراء وأنه عقدُ معاوضة يقتضي سلامة العوضين، فكان أمره به ضمانًا للسلامة من نفسه إذا تعذر استيفاؤها من غيره؛ كمن يقول للقوم: بايعوا هذا العبد، فإنه عبدي قد أذنت له في التجارة، فبايعوه، فلحقته الديون ثم استحق، رجعوا عليه بقيمته، كذا هذا، بخلاف الرهن، فإنه ليس بعقد معاوضة، وإنما هو عقد وبيعه بجانب الاستيفاء ثبت له حق الحبس بدينه، ثم يصير الهلاك مستوفيًا حقه بلا عوض، فلم يكن أمرًا بعقد معاوضة.

وقوله: (فإذا هو حرٌّ)، يحتمل أنه أراد به: حرُّ الأصل، ويحتمل أنه أراد به: الحرية الثابتة بالإعتاق، فإن أراد به حرية الأصل.

فقد دلتِ المسألة على أن التناقض في دعوى حرية الأصل، لا تمنع صحتها؛ لأن العبد يصير مناقضًا في دعواه الحرية، بقوله: أنا عبد، ثم اختلفوا في أن الدعوى هل هي شرط في سماع البينة على حرية الأصل؟.

قال عامة المشايخ: ليست بشرط، فلا يمنع التناقض في الدعوى قبول البينة عليها؛ لأنه لو شرط إنما يشترط لانعدام الدعوى بالتناقض، والدعوى ليست بشرط في حرية الأصل[1]، وإنما الخلاف بين أبي حنيفة، وصاحبيه رَحِمَهُمُ اللَّهُ في أن الشهادة القائمة على عتق العبد هل تقبل من غير دعوى في الحرية الثابتة بالإعتاق لا في الحرية الأصل؛ لأن حرية الأصل، لا تخلو عن حرمة الفرج من قبل الأم، أو قرابتها، والدعوى في حرمة الفرج لا يشترط قبول البينة عليها، حتى إنها لو خلت عن حرمة الفرج لا تقبل بدون دعوى[2].

= الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٧٠).

(١) وهو محل اتفاق. ينظر:المحيط البرهاني (٧/ ٣٠).

(٢) ينظر: الهداية شرح البداية (٣/ ٩٧).

وقال بعضهم: الدعوى شرط في حرية الأصل، عند أبي حنيفة، كما هي شرط في الحرية الثابتة بالإعتاق، وإنما لم يمنع التناقض صحة الدعوى في حرية الأصل، لخفاء العلوق[(١)][(٢)].

وقد ذكرنا: أن التناقض في دعوى أمر يخفى جدًّا ويشتبه، هدرٌ معفوٌّ عنه[(٣)]، لمكان الحاجة، وفي الحرية الثابتة بالإعتاق للخفاء أيضًا؛ لأن المولى ينفرد بالإعتاق، ولا يحتاج إلى إعلام العبد بذلك ومشاورته، ويحتمل: أنه لم يعلم بإعتاقه، فأقر بالعبودية، ثم علم فادَّعى الحرية.

[المصالحة على أن يأخذ مائة درهم]

رجلٌ: ادَّعى حقًّا في دار، فصالحه الذي في يده الدار على مائة درهم، ثم استحقت الدار إلا ذراعًا منها، لا يرجع / عليه بشيء[(٤)]؛ لأنه أمكنه أن يوفق فيقول: عنيت بالحق في الدار حقًّا في الذراع الباقي، وإنِ ادَّعى كل الدار، فصالحه على مئة درهم، ثم استحقت الدار إلا ذراعًا، رجع بحسابه؛ لأنه لا يمكنه التوفيق[(٥)]. (٢١٢/أ)

---

(١) العلوق لغة: علق الشيء بالشيء فتعلق به، ومنه علقت المرأة: إذا حبلت، علوقًا، جمع علقة. وقيل: هو ماء الفحل. ينظر: المغرب (١/ ٣٢٦).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٤/ ١١٠)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٧١)، تبيين الحقائق (٤/ ١٠١)، البناية شرح الهداية (٨/ ٣٠٨).

(٣) تقدم في بداية الباب.

(٤) أي: لا يرجع المُدعى عليه على المدّعِي.

(٥) وجه الفرق بين المسألتين هو ما ذكره القاضي خان، (١/ ٣٧٢). بقوله: «إن المسألة الأولى: أن المدعى ادعى حقًّا مجهولاً، والصلح من المجهول على المعلوم جائز - فإذا استحق بعض الدار، كان من حجة المدعي أن يقول: حقي من الدار ما بقي في يدك، فلا يرجع بشيء. أما لو ادعى كل الدار، فإنما أخذ المائة بدلاً عن كل الدار، وأجزاء البدل تنقسم على أجزاء المبدل، فإذا استحق البعض، يرجع بحصة المستحق من بدل الصلح».

[التناقض في الأمور الخفية]

باع عبدًا ولد عنده، فباعه المشتري من آخر، ثم ادَّعى البائع الأول: أنه ابنه، فهو ابنه، ويفسخ البيعان.

وقال زفر: لا يصدق في ذلك؛ لأنه ناقض في دعواه؛ لأنه بالإقدام على بيعه أقر أنه ليس بابنه، ثم بعد ذلك دعواه أنه ابنه يناقض إقراره[1].

ولنا: أن العلوق حصل في ملكه، وأنه دليلٌ ظاهرٌ على أنه منه؛ لأنه لو لم يكن منه كان من الزنا، والظاهر عدم الزنا.

قوله: (ناقض دعواه)، مسلم، لكن التناقض في دعوى أمور تخفى، وتشتبه، هدرٌ، وهذا من الأمور الخفية.

ونظيره: امرأة اختلعت نفسها من زوجها على ألف درهم، ثم ادَّعت أنه كان طلقها قبل الخلع ثلاثًا، تسمع دعواها، وإن ناقضت إقرارها الثابت بإقدامها على الخلع؛ لأن الطلاق من الأمور الخفية؛ لأن الزوج ينفرد به، وكذلك المكاتب إذا ادَّعى أن مولاه كان أعتقه قبل الكتابة، تسمع دعواه وإن ناقض في دعواه؛ لأنَّ الإعتاقَ من الأمور الخفية التي تخفى على العبد؛ لأن المولى ينفرد به، فجعل هدرًا، وجهله بذلك عفوًا، والله أعلم بالصواب.

❊ ❊ ❊

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٥٩)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٣٤)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٧٦).

باب في بيع عبد غيره

الأصل فيه:

وهو أن من باع ملك غيره، بغير أمره، ينعقد بيعه صحيحًا، ويتوقف جوازه على إجازة مالكه[١]، فإن أجاز والمبيع قائمٌ، جاز عندنا، خلافًا للشافعي[٢]، ويثبت الملك مضافًا إلى البيع؛ لأن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق[٣]، ولو سبق الإذن، جاز، فكذا إذا لحقته الإجازة، وإنما شرطنا قيام المبيع؛ لأن الإجازة تلحق العقد المنعقد، والعقد لا يبقى في غير محله[٤]، كما لا يثبت في غير محله، فلا تلحقه الإجازة. والتناقض يمنع صحة الدعوى دون صحة الإقرار[٥].

وأم الولد غير مضمونة عند أبي حنيفة، خلافًا لصاحبيه، والمدبَّرة مضمونةٌ عندهم[٦].

---

(١) من القواعد الفقهية عند الحنفية: **(أنَّ كل تصرف صدر من غير المالك، إن كان له مجيز حال وجوده، يتوقف على إجازة من له الإجازة)**. ينظر: أصول البزدوي (١/ ٣٧٢)، تحفة الفقهاء (٢/ ٣٤)، الهداية شرح البداية (٣/ ٦٨)، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (١/ ١٣٦، ١٥٦، ١٧٨).

(٢) للشافعية في المسألة قولان: **القول الأول - وهو الصحيح-: أن العقد باطل، وهذا نصُّه في الجديد، وبه قطع الشيرازي** رَحِمَهُ ٱللَّهُ **القول الثاني: وهو مذهبه القديم، أنه ينعقد موقوفًا على إجازة المالك، إن أجاز صح البيع، وإلا لغا البيع.** ينظر: نهاية المطلب (٧/ ٥٩) العزيز شرح الوجيز (١١/ ٥٠)، المجموع (٩/ ٢٦٠)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (١/ ٢٨٥).

(٣) قاعدة فقهية واردة بلفظها. ينظر: أصول البزدوي (١/ ٣٧١)، بدائع الصنائع (٢/ ٢٣٧)، غمز عيون البصائر (١/ ٤٣٦)، مجلة الأحكام العدلية (مادة: ١٤٥٣).

(٤) تنظر هذه القاعدة في: المبسوط (٨/ ١٢٨)، بدائع الصنائع (٦/ ٨)، كشف الأسرار (٤/ ٥)، التقرير والتحبير على تحرير الكمال (٣/ ٣٩٥).

(٥) تنظر هذه القاعدة في: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٨)، درر الحكام (٢/ ١٩٢)، مجلة الأحكام العدلية (المادة: ٨٠)، ترتيب اللآلي (١/ ٥٥٤).

(٦) ينظر تقرير هذا الأصل في: الجامع الصغير (١/ ٣٦٠)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٧٥).

وغصب العقار، لا يتحقق في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف الأخير[١]، وفي قوله الأول، وهو قول محمد والشافعي[٢]: يتحقق[٣].

فإذا عرف هذا نقول:

[نفاذ بيع الفضولي من عدمه]

قال: غصب عبدًا، فباعه بغير أمر مالكه، فأعتقه المشتري، جاز عند أبي يوسف[٤].

وعند محمد وزفر[٥] والشافعي[٦]: لا يجوز؛ لأن إعتاقه لم يصادف ملكه؛ لأن البيع؛ كاسمه موقوفٌ، والموقوفُ هو الممنوعُ عن العمل، والبيعُ الممنوع عن العمل/ لا يفيد الملك[٧]. (٢١٢/ب)

ولنا: أن إعتاقه صادف الملك الموقوف، فيوقف، كما يوقف البيع؛ آية أنه كذلك: أن تفسير الملك الموقوف قد أفاد هذا الملك، لصدور ركنه مطلقًا عن

---

(١) لأن حقيقة الغصب في رأيهما- هو إزالة يد المالك بالنقل- لا تتحقق إلا فيه، دون غيره، وأما العقار؛ كالأرض فلا يتصور وجود معنى الغصب لعدم إمكان نقلِه وتحويله.

(٢) المذهب عند الشافعية: أن غصب العقار متصوّر مضمون. وفي قول عن البعض من فقهاء الشافعية، أن غصب العقار لا يتصور، قال السبكي: وهو ضعيف. ينظر: الوسيط للغزالي (٣/ ٣٨٧)، الأشباه والنظائر للسبكي (٢/ ٢٧٧)، مغني المحتاج (٣/ ٣٤٢).

(٣) ينظر تقرير هذا الأصل في: النتف في الفتاوي (٢/ ٧٣٣)، المبسوط (١١/ ٧٣)، تحفة الفقهاء (٣/ ٨٩)، بدائع الصنائع (٦/ ٤).

(٤) أي: إذا أجاز المولى البيع. وهو قول أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ. ينظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٣١٧).

(٥) وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ. ينظر: مجمع الأنهر (٢/ ٩٦).

(٦) المذهب عِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ: أن بيع الفضوليّ باطل، ويجب رده، وفي الرواية الأخرى وهو مذهبه القديم أنه يتوقف على إجازة المالك، وفي المسألة تفصيل. ينظر: الأم (٧/ ٢٠)، الحاوي الكبير (٦/ ٣٧١)، البيان (٥/ ٦٦)، (١/ ٢٣٥)، المجموع (٩/ ٢٦٠) (١٤/ ٩٦)، مغني المحتاج (٢/ ٣٥٠).

(٧) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٥٩)، مختصر الطحاوي (١/ ٧٥)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٣٥)، بدائع الصنائع (٧/ ١٤٥).

أهله، في محل قابل لحكمه، وله ولاية على المحل؛ لأن الولاية ثبتت بالملك، وإذن المالك دلالة، ثبت في حق تصرف بيع المتصرف، ولا يضر المالك، فتثبت له الولاية.

ولو قطعت يده في يد المشتري، فأخذ أرشها ثم أجاز البيع، جاز لما بينا، والأرش للمشتري؛ لأن الملك ثبت مضافًا إلى البيع(١).

ولو باعه من آخر، ثم أجاز المالك البيع، لم يجز البيع(٢)؛ لأن الملك الثابت طرأ على الملك الموقوف فأبطله(٣)، وإن لم يبعه، لكنه مات عنده، أو قتل، ثم أجازه المالك لم يجز؛ لأنَّ قيامَ المبيع شرطٌ ولم يوجد(٤).

رجلٌ باعَ عبدَ غيرِه بغير أمره، فجاء المشتري برده، وقال: إنك بعته بغير أمر المالك، فجحد البائع ذلك، وأقام المشتري البينة على إقرار البائع بما ادَّعى، لا تسمع بينته؛ لأن سماعَ البينة بناء على صحة الدعوى، وإنها بطلت بالتناقض؛ لأن بإقدامه على الشراء أقر بالأمر، ثم أنكر، ولو جاز البائع، وأقر عند القاضي بأنه باعه بغير أمره، أبطل بيعه إذا طلب المشتري ذلك، لما مر: أن التناقض لا يمنع

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٥٩)، مختصر الطحاوي (١/ ٨٠)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٣٥).

(٢) أي: البيع الثاني بالاتفاق. حكاه القاضي خان في شرحه للجامع الصغير (١/ ٣٧٣).

(٣) ذلك لاستحالة اجتماع الملك الثابت والموقوف في محل واحد، إضافة إلى ما فيه من غرر انفساخ العقد، على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول، وهذا مما يفسد البيع. هذا وقد وافق محمدٌ زفرَ، رحمهما الله، وهو إحدي الروايتين عن أبي يوسف. وقولهم: هو القياس. ينظر: المبسوط (١١/ ٦٥)، تبيين الحقائق (٤/ ١٠٨).

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٥٩)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٣٥)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٧٣).

صحة الإقرار[١]، لكن طلب الخصم شرط حتى ينفذَ الفسخ عليهما ويتم[٢].

[موت أم الولد، أو المدبَّرة في يد الغاصب]

غصب أم ولد أومدبرة فماتتا في يده، يضمن المدبَّرة في قولهم، ولا يضمن أم الولد عند أبي حنيفة، خلافًا لصاحبيه، على أن أم الولد غير متقومة عنده، وعندهما: متقومة[٣]، والمسألة قد مرت[٤].

[ضمان العقار بالغصب]

رجلٌ باع دارًا لرجل[٥] فأدخلها المشتري في بنائه، لم يضمن عند أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف الأخير، وفي قوله الأول: يضمن وهو قول محمد، بناء على أن غصب العقار لا يتحقق عنده، خلافًا لمحمد، وهذا الخلاف بناء على الخلاف في حدِّ الغصب، فإن عند أبي حنيفة حده: تفويت يد المالك بغير حق بمعنى في المحل، وهو تقييده عنه، والتقييد في حق العقار لا يتصور، فلا يترتب عليه الضمان، وعند محمد: إثبات اليد على ملك الغير على وجه يفوت يد المالك ضرورة، وأنه متصورٌ فيه[٦]. والله أعلم.

* * *

(١) سبق ذلك في بداية الباب.

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٥٠)، مختصر الطحاوي (١/ ٨٢)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٣٥).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٦٠)، مختصر الطحاوي (١/ ٧٥)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٣٥).

(٤) راجع المسألة في الجامع الصغير، كتاب الإعتاق (١/ ٢٤٦).

(٥) أي: من باع دار غيره، بلا أمره.

(٦) ينظر: مختصر اختلاف الفقهاء للطحاوي (٤/ ١٧٦)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٣٦)، بدائع الصنائع (٧/ ١٤٣).

بابُ الشُّفْعة[1]

الأصل فيه:

أنَّ حقَّ الشفعةِ يثبت بأحد الأمور الثلاثة: بالشركة في نفس المبيع، والشركة في الحقوق؛ كالشِرب، والطريق[2]، والجوار، فإذا اجتمعت فالشريك في نفس المبيع أولى ثم الشريك في الحقوق ثم الجار، فإن سلم الشريك في نفس المبيع، فالشريك في الحقوق أولى؛ لأنَّ سبب ثبوت هذا الحق، الاتصالُ / بين الملكين لحكمة دفع ضرر الدخيل على الشفيع، إلا أنَّ الاتصالَ بين ملكي الخليطين في نفس المبيع أكثر من الاتصالِ بين ملكي الخليطين في الحقوق، فكان أولى، فيرجح به، والاتصال بين ملكي الخليطين في الحقوق أكثر من الاتصال بين ملكي الجار، فكان ذلك أقوى. (٢١٣/أ)

فإذا سلم الشريك في المبيع اندفعت مزاحمته، فعمل الاتصال بين الخليطين في الحقوق- ونعني بحقِّ الشفعة- ثبوت ولايةِ التملك وإنهاء صفة الشفيع[3]. ولهذا لا يجري الإرث فيه عندنا[4]، ولا يجوز الاعتياض عنه إذا قضى القاضي له بالشفعة تحولتِ الصَّفقه إليه، ويقدم على المشتري، فيثبت له الملك في المبيع، كما كان يثبت للمشتري وينزل منزلته، ولا نعني بتحول الصفقه انفساخها؛

---

(١) الشفعة لغة: مشتقة من الشفع، وهو الزوج: خلاف الفرد. وفي الاصطلاح: (هو حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار). ينظر: طلبة الطلبة (١/ ١١٩)، أنيس الفقهاء (١/ ١٠١).

(٢) وهو الشريك الذي قاسم وبقيت له شركة في الطريق . ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٤).

(٣) ينظر تقرير هذا الأصل في: شرح مختصر الطحاوي (٣/ ٣٥١). أصول السرخسي (٢/ ٢٥١)، المبسوط (١٤/ ٩٢)، تحفة الفقهاء (٣/ ٤٩)، بدائع الصنائع (٥/ ٤-٨)، المحيط البرهاني (٧/ ٢٥٩).

(٤) قال الزيلعي رَحِمَهُ اللَّهُ تبيين الحقائق (٥/ ٢٥٦): «لأن الشفعة إنما شرعت في البيع المحض، فلا يصح إثباتها في الذي يخالفه، كما لم تجب في معاوضة مال بغير مال».

لأنَّ الشفعة بناء على البيع الصحيح، فإذا انفسخ بطل الأساس، فيبطل البناء، وإنما نعني به انفساخ الإضافة إلى المشتري؛ لأن البائع أوجب البيع وأضاف إلى المشتري فتنفسخ الإضافة، وتثبت للمشتري مع بقاء الإيجاب على قراره، فيصير كأن البيع وقع مع الشفيع، لكن شرط الأخذ: أن يأخذ على وجه لا يلحق الضرر بالبائع، ولا بالدخيل؛ لأن الشرع جعل الاتصال بين الملكين سببًا لثبوت هذا الحق لحكمة دفع ضرر الدخيل عن الشفيع، وليس من الحكمة دفعُ الضرر بالضرر[1]، وأن البينةَ على المدعي واليمين على من أنكر بالخبر[2].

فإذا عرف هذا نقول:

[اشترى خمسة، نفر دارا من رجل، ولها شفيع]

قال: خمسةٌ اشتروا دارًا من رجل واحد، فللشفيع أن يأخذ نصيبَ أحدهِم دون الباقي؛ لأنه يقوم مقام أحدهم في التملك، فلا يلحق الضرر بواحدٍ منهم، بخلاف مَا إذا اشترى واحدٌ من خمسة، فللشفيع أن يأخذ الكلَّ أو يدعَ وليس له أن يأخذَ نصيبَ أحدِ الباعة[3]؛ لأنَّ في ذلك ضررَ تفريقِ الصفقه على المشتري، وأنه لا يجوز؛ لما مرّ: أنَّ أخذَ الشفعة شُرع على وجهٍ لا يتضرر به الدخيلُ، ولا البائعُ[4]، وإنْ نَقدَ الشَّفيعُ ثمنَ نصيبه، أو أحدُ المُشْتَرِيَنِ، لا تُسلَّم الدارُ، ما لم

(١) من القواعد الفقهية عند الفقهاء: (قاعدة: الضرر لا يزال بالضرر). وقد أدرجها كثير من الفقهاء، تحت قاعدة: (الضرر يزال)، وأول من فعل ذلك: ابن السبكي في أشباهه (١/ ٤١)، حيث ذكر أن شأن هذه مع تلك شأن الأخص مع الأعم. . ينظر: المنثور في القواعد (٢/ ٣٢١)، التحبير شرح التحرير، للمرداوي (٨/ ٣٨٣٥)، الأشباه والنظائر، للسيوطي (١/ ٨٦)، الأشباه والنظائر، لابن نجيم (١/ ٨٥-٨٧)، تريب اللآلي (٢/ ٨٠٧).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) وهو ظاهرُ الرواية، لكن أجاز زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ أخذ نصيب أحدهما دون الآخر. ينظر: المبسوط (١٤/ ١٠٤)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٥).

(٤) ينظر ما ذكره في بداية الباب.

يسلم كلُّ الثمن[١].

[اشترى أرضًا وعلى نخلها ثمر، أيأخذها الشفيع بثمرها]

اشترى أرضًا ونخلاً فيها ثمرٌ، أخذ الشفيع بجميع الثمن- يريد به إذا اشترطه المبتاع- لأن الثمر لا يدخل في بيع الشجر بدون الذكر، استحسانًا[٢].

والقياس: أن يدخل؛ لأنها متصلةٌ بالشجر اتصال خلقة، والمتركب منها؛ كالشجر يدخل بدون الذكر، فالمتصل أولى.

ولنا: أنها وإن كانت[٣] متصلةً اتصال خِلقةٍ، لكن يقصد منها الفصل دون التبعية، فأخذت باعتبار عاقبتها حكم المنفصل بخلاف الشجر فإنه يقصد منه / (٢١٣/ب) التبعية دون الفصل، فباعتبار العاقبة أخذ حكم المتصل الباقي، وإنما يأخذها الشفيع بحكم التبعية، كما كان يأخذها المشتري، فإن جذها المشتري، ثم جاء الشفيع أخذ الباقي بحصته؛ لأن الأخذ كان باعتبار التبعية، والتبعية زالت بالجذاد، وإنما سقطت حصتها من الثمن، وإن كان الثمن لا يقابل الإتباع؛ لأنها صارت مقصودة بالقطع، فثبت لها حصة باعتبار القبض والاستخراج من الاستحقاق، وإن لم تكن موجودة لدى العقد ـ فأثمرت في يد المشتري، أخذ الشفيع الجميع بجميع الثمن؛ لأنها تابعة حالة الأخذ، فيأخذها تبعًا، وإن جذها المشتري قبل ذلك، أخذ الباقي بجميع الثمن، لما مر، إنما لم يثبت لها حصة من الثمن؛ لأنها زيادة حدثت بعد القبض، فلم يثبت لها حصة.

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٦٠)، مختصر الطحاوي (١/ ١٢٢-١٢٣)، شرح مختصر الطحاوي (٣/ ٣٦٠)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٣٦).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٦١)، مختصر الطحاوي (١/ ٧٧)، مختصر القدوري (١/ ١٠٩)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٧).

(٣) أي: الثمر.

[من اشترى نصف دار فقاسمه البائع ثم حضر الشفيع]

اشترى نصفَ دارٍ مشاعًا[١] فقاسمه البائع، ثم الشفيع أخذ النصف الذي صار للمشتري، ولا تنتقض القسمة؛ لأن القسمة لتكميل القبض، والشفيع لا يملك نقض القبض، فكذا ما يكمله[٢].

[اختلاف المشتري والشفيع في الثمن]

اختلف الشفيع، والمشتري، فقال الشفيع: اشتريتها بألف، وقال المشتري: بألفين، فالقول قولُ المشتري[٣]؛ لأنَّ الشفيعَ يدَّعِي الملك المبيعَ عليه بألف، وهو منكرٌ، فالقولُ قولُ المنكر، للخبر[٤]: «ولا يتحالفانِ»[٥]؛ لأنَّ التحالفَ إنما يجري بين خصمين، كلُّ واحدٍ منهما مُدَّعٍ، ومُدَّعًى عليه، والشَّفيعُ مُدَّعٍ، وليس بِمُدَّعًى عليه؛ لأنه لا يُخيَّرُ على شيء، فإنْ نَفَذ ثبوتُ الحقِّ له، يَتخيَّر، فكيف قبله؟!.

وإن أقاما البينةَ، فالبينةُ بينةُ الشفيع، في قول أبي حنيفة، ومحمد رَحِمَهُمَاٱللَّهُ وقال أبو يوسف: البينةُ بينةُ المشتري؛ لأنها تُثْبِتُ الزيادةَ.

ولنا: أن البينتين متى تعارضتا، وجب التوفيقُ بينهما إن أمكن، وإلا فالترجيحُ، وإلا فالإهدارُ[٦]، وقد أمكن الجمعُ ههنا، فإنا نجعل المشتري اشترى أولًا بألف،

---

(١) أي: المشتري.

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٦١)، مختصر القدوري (١/ ١٠٩)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٣٧)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٣).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٦١)، مختصر الطحاوي (١/ ١٢٢)، شرح مختصر الطحاوي (٣/ ٣٥٩)، مختصر القدوري (١/ ١٠٨).

(٤) والأصل فيه: قول النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «إِذَا اخْتَلَفَ الْبَيِّعَانِ، فَالْقَوْلُ مَا قَالَ الْبَائِعُ أَوْ يَتَرَادَّانِ». وقد تقدم تخريجه ص(٣٨٦).

(٥) ذلك؛ لأنَّ التحالف عرف بالنص فيما إذا وجد الإنكار من الجانبين، والدعوى من الجانبين، والمشتري هنا لا يدَّعِي على الشفيع شيئًا، فلا يكون الشفيع منكرًا، فلا يكون في معنى ما ورد بالنص، فامتنع القياس. ينظر: تبيين الحقائق (٥/ ٢٤٧)، البحر الرائق (٨/ ١٥٠).

(٦) وقيل: يتخير بينهما، وهذا القول يُضعفه أن التخيير جمع بين النقيضين، واطراح لكلا=

ثم بألفين، فللشفيع أن يأخذَ بالبيع الأولِ، وإن تعذر الجمعُ، فالترجيحُ معنا؛ لأن بينةَ الشفيعِ تُلزمُ المشتري تسليمَ البيع عند أداء الألف، وبينة المشتري لا تُلزم؛ لأن الشفيعَ لا يخيَّر، لما مر، فالمُلْزِمَةُ أولى من غير المُلْزِمَةِ.

وإن اختلف البائع معهما، والثمن غير منقود، فالقول قوله، ويتحالفان؛ لأن الاختلاف في البيع وقع حال قيام السلعة، فيتحالفان بالنص(١).

وإن قال البائعُ: بعتُ بألف، أخذه الشفيعُ بألف، والقولُ قولُ البائع؛ لأنَّ الإيجابَ يُستفادُ منه، ولأنه لا يخلو: إما أن يكون صادقًا في كلامه، أو كاذبًا، فإن كان/ صادقًا، فالعملُ بالصدق واجبٌ، وإن كان كاذبًا، فقد حطَّ الألف عن الثمن، والحَطُّ يظهر في حقِّ الشفيع؛ لأنه يلتحق بأصل العقد، بخلاف الزيادة؛ فإنها لا تظهر في حقِّ الشفيع؛ لأنَّ حقَّه تَعلَّق قبل الزيادة، وإن كان الثمنُ منقودًا، لا يلتفت إلى قول البائع؛ لأنه صار أجنبيًّا(٢). (٢١٤/أ)

وإن قال: بعت بألف وقبضت الثمن، أخذ الشفعةَ بألف؛ لأنه لما أقرَّ بألف، تعلَّقَ حقُّ الشفيع به، فلا يقدر على إبطال حقه بدعوى القبض، وإن قال: قبضت وهو ألف، ليس له أن يأخذ بالألف؛ لأنَّ مُدَّعِيَ القبضِ أولاً صار أجنبيًّا، فلا يقبل قوله في قدر الثمن(٣).

= الدليلين، وكلا الأمرين باطل. قال الجيزاني: «ولعل الصواب هو التوقف في هذين الدليلين، والبحث عن دليل جديد». معالم أصول الفقه عند أهل السنة والجماعة (١/ ٢٧١).

(١) ينظر: النافع الكبير شرح الجامع الصغير (١/ ٣٦١)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٦٠)، المحيط البرهاني (٦/ ٤٤٧).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٥/ ٣١).

(٣) تنظر المسألة في: الهداية شرح البداية (٤/ ٣١٤)، العناية شرح الهداية (٩/ ٣٩٣)، درر الحكام (٢/ ٢١١)، البحر الرائق (٨/ ١٥٢).

[حق العبد في الشفعة]

عبدٌ مأذونٌ مديونٌ، اشترى دارًا ومولاه شفيعها، أخذها بالشفعة، وكذا إذا اشترى المولى دارًا وعبده شفيعها[١]، أخذها بالشفعة، لما مرَّ: أنَّ الشفيعَ يتملك المبيع بعوض، وأنه اشترى، وكل من يملك الشراء من صاحبه يملك أخذه بالشفعة، وكلُّ واحدٍ منهما من العبد والمولى، يملك الشراءَ من صاحبه، فكذا الشفعةُ[٢].

[ما لا شفعة فيه]

(ولا شُفْعةَ في قِسمة[٣] ولا خِيارِ رُؤية)؛ لأنَّ الشفعةَ إنما تجب في الملك المنتقل بالبيع، وما هو بمعناه من كلِّ وجهٍ، والقسمة ليست بمعنى البيع من كل وجه؛ لأن فيها معنى الإفراز، ولهذا يجبر على القسمة، دون البيع[٤].

وقوله: (وِخيار الرؤية)- بكسر الراء- معناه: اشترى دارًا قبل الرؤية، فسلَّم الشَّفيعُ الشُّفعةَ، ثم رآها، وردَّها[٥] بخيار الرؤية، فسخٌ محضٌ، ليس فيه معنَى البيع، ولهذا يملك الرد شاء البائعُ أو أبى، بخلاف الإقالة، فإنها فسخٌ فيما بين المتعاقدين، بيعٌ جديدٌ في حقِّ ثالثٍ، وهو الشفيعُ، وعند أبي يوسف: هو بيعٌ، لكن إذا تعذَّر يُجعلُ فسخًا[٦].

---

(١) وهو جار الدار المبيعة.

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٦١)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٣٨)، بدائع الصنائع (٥/ ١٥).

(٣) أي: لأنها ليست ببيع محض.

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٦٢)، خزانة الفقه (١/ ٣٠٩)، مختصر القدوري (١/ ١٠٦)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٣٨).

(٥) أي: المشتري.

(٦) ينظر: تحفة الفقهاء (٢/ ١١١)، بدائع الصنائع (٥/ ١١)، الهداية شرح البداية (٣/ ٥٥)، العناية شرح الهداية (٦/ ٤٧).

وإن كانت الرؤية -بفتح الراء- فمعناه: لا شفعةَ في قسمة، ولا خيار رؤية في القسمة، وهذا غلطٌ، فإنه نصٌّ على ثبوت خيار الرؤية، والشرط في القسمة، في (كتاب القسمة)[1]؛ لأن خيار الرؤية إنما ثبت لاختلال الرضا، وأنه موجودٌ فيها.

[تسليم الولي والوصي الشفعة على الصغير]

وللأب والوصي، تسليمُ الشفعة الثابتة للصغير، في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف[2].

وقال محمدٌ[3]: الصبي على شفعته إذا بلغ؛ لأنه إبطال حقِّ الصغير، فلا يملكان؛ كسائر حقوقه[4].

ولنا: ما أشرنا إليه: أن الأخذ بالشفعة تملك بعوض، والتسليم امتناع منه.

ولهما: أن يمتنعا على الشراء للصغير؛ لأنه تصرفٌ دائرٌ بين الضرر والنفع، ولهذا إذا قال رجل: بعت هذا العبدَ للصبي فامتنع الأب والوصي عن القبول، جاز.

[الأولى في الشفعة]

الشريكُ في نفس المبيع أحقُّ من الشريك في الحقوق، والشريكُ في الحقوق، أحقُّ من الجار، لما مر[5]، فإنْ سلَّم الشريك في نفس المبيع، فالشريكُ في الحقوق / أولى، لما مرَّ، والجار الملاصقُ مع الجار المقابلِ، إذا كان المقابلُ شريكًا في الطريق، فهو أولى؛ لأنه شريكٌ في الطريق، وأنه أولى من الجار. (٢١٤/ب)

---

(١) أي: محمد بن الحسن في كتابه الأصل (٣/ ٣١٠).
(٢) أي: فلا يكون له حقٌّ إذا بلغ.
(٣) وهو قول زفر وابن أبي ليلي رَحِمَهُمَاٱللَّهُ. ينظر: المبسوط (١٤/ ١٥٦)، بدائع الصنائع (٥/ ١٦).
(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٦٢)، اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (١/ ٣٧)، شرح مختصر الطحاوي (٣/ ٣٦٥).
(٥) ذكرذلك في بداية الباب.

وإن كانا شريكين في الطريق، فهما على السواء، ولا يترجحُ سبب هذا بالجوار؛ لأنَّ الجوارَ علةٌ، فلا يصلُحُ مُرجِّحًا[١]؛ لأنَّ الشيءَ لا يترجح بمثله[٢]، وإنما يترجح بمعنًى يقوم به، ولم يوجد، والذي له الجذوعُ على الحائط، شفيعٌ بالجوار، وكذلك الشريكُ في وضع الخشبة على الحائط جارٌ، وليس له شفعةٌ بالشركة.

***

(١) هذه القاعدة الأصولية خلافية ونتج عن الخلاف فيها، خلاف في كثير من الفروع الفقهية. قال السرخسي في أصوله (٢/ ٢٦٥): «الترجيح بكثرة العلل فاسد، فكذلك الترجيح بكثرة الأشباه». وينظر: الهداية شرح البداية (٣/ ١٧١)، تيسير التحرير (٤/ ٩٤)، ترتيب اللآلي (١/ ٥١١).

(٢) من القواعد الفقهية: (أن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة). ينظر: الهداية شرح البداية (٣/ ٢٠٢)، القواعد والضوابط المستخلصة من التحرير (١/ ١٥٠).

باب المأذون

الأصل فيه:

وهو أنَّ العبدَ المأذون إذا أحاط دينُه برقبته وكسبه، لا يملك المولى كسبه عند أبي حنيفة، خلافًا لصاحبيه، وإن لم يُحِطْ يَملكْ(١).

قولهم: وتصرُّفُ المرءِ متَى صَادفَ محلًّا مشغولاً بحقِّ الغيرِ، تَوقَّفَ على إجازتِه(٢).

فإذا عرف هذا نقول:

[العبد المأذون له في التجارة إذا كان عليه دين وغيّبه المولى]

قال: رجلٌ باع عبدَه المأذون، ودينُه محيطٌ برقبته، فقبضه المشتري وغيَّبه، إنْ شاءَ الغرماءُ ضمَّنوا لمَوْلَاه قيمَتَه، وإن شاءوا ضمَّنوا المشتري قيمتَه، وإن شاءوا أجازوا البيع، وأخذوا الثَّمنَ؛ لأنَّ ديونَهم تعلقت برقبة العبد، فصارت مشغولةً بها، وتصرُّفُ المولى صادَفَ محلًّا مشغولاً بحقِّهم، فتَوقَّفَ على إجازتِهم، وإن شاءوا ضمَّنوه قيمتَه ببيعه، وتسليمِه محلَّ حقِّهم، وإن شاءوا ضمَّنوا المشتري بشرائه وقبضه؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما جانٍ متعدٍّ في حقِّهم، فيخيروا في التضمين؛ كالغاصب، وغاصب الغاصب، ويخير المالكُ بين تضمين أيهما شاء، فكذا هذا، فإنْ ضَمِنَ المولَى قيمتَه لهم، ثم رُدَّ عليه بِعَيبٍ، رَدَّ العبدَ إليهم وأَخذَ القيمة؛ لأنه إنما ضَمِنَ بسبب البيع والتسليمِ، وقد انتقض السببُ بالكلية، فأشبه الغاصبَ إذا

---

(١) ينظر تقرير هذا الأصل في: المبسوط (٧/ ٨٢)، تحفة الفقهاء (٣/ ٢٨٩)، بدائع الصنائع (٧/ ١٩٩)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٧٦).

(٢) تنظر هذه القاعدة الفقهية في: المبسوط (٢٥/ ١١٤)، درر الحكام (٢/ ١٨٩)، القواعد الفقهية لعلي الندوي (١/ ١١٢).

باع العبدَ المغصوبَ وسلَّمه إليه، وضمن قيمته للمالك، ثم رُدَّ عليه بعيبٍ، رَدَّ العبدَ وأَخَذَ القيمة، كذا هذا(١).

[كسب العبد المأذون إن كان مدينًا]

عبدٌ مأذونٌ له في التجارة قيمتُه ألفُ درهم، وله عبدٌ قيمتُه ألفُ درهم، وعلى العبد دينٌ ألفُ درهم، فأعتق المولى عبدَ عبدِه، جاز(٢).

وإن كان عليه دينٌ ألفا درهم، لم يجز عتقُه عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه: يجوز في الوجهين، وعليه قيمتُه، بناء على الأصل الذي ذكرنا: أنَّ دَينَ العبد إذا أحاط برقبته وكسبه، لا يملك المولى كسبَه عند أبي حنيفة، فلم يُصادِفْ إعتاقُهُ ملكَه، فلم يَجُز، وعندهما: يَملكُ، فقد صادف إعتاقُه ملكَه، فجاز. لهما: أنَّ علةَ ملكِ الكسبِ ملكُ الرقبةِ، وأنه قائمٌ، فأفاد حكمه.

ولنا: أنَّ ملكَ الرقبة سببٌ لملك الكسب، لكنه لا تنعقد علتُه إلا عند وجود شرطه، / وهو فراغُ كسبه عن حاجته، ولم يُوجدْ، فلم تنعقد علةٌ، فلم يُفِدِ الحكمَ. (٢١٥/أ)

❊ ❊ ❊

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٦٣)، مختصر الطحاوي (١/ ٨٤)، مختصر القدوري (١/ ١٤٢)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٣٩)، بدائع الصنائع (٧/ ٢٠٤).

(٢) ينظر المصادر السابقة.

بابُ مسائلَ متفرقة

[بيع الفضولي الضامن]

رجلٌ قال لآخر: بِعْ عبدَكَ من فلانٍ بألف درهم، على أنِّي ضامنٌ لك خمسَمائةِ درهم، سوى الألف منَ الثَّمن، ففعل، جاز البيع، ويأخذ(١) من المشتري الألفَ، ومن الضَّامن خمسَمائة، وهذه من فروع مسألة الزيادة في الثَّمن والمُثَمَّن، فإنها تجوز عند علمائنا الثلاثة(٢)، وعند زفرَ والشافعيِّ: لا تجوز(٣).

والأجنبيُّ في الزيادة مثلُ العاقد(٤)؛ لأنه لا يحصلُ له في مقابلة الزيادة شيءٌ، كما لا يحصل للعاقد في مقابلتها؛ لأنَّ الزيادةَ حال ثبوتها لا يقابلها شيءٌ من الثَّمن؛ كسائر الأوصافِ وأطراف المبيع، فإنها لا يقابلها شيءٌ من الثمن، لكن إذا أطلق الزيادة، توقف على إجازة من يزيد عليه؛ لأن مطلقه ينصرف إلى ذلك.

وإن أضاف إلى نفسه، بأن قال: على أنِّي ضامنٌ، لا تتوقف على إجازته؛ لأنه صار أصلاً في هذا، فنفذت عليه، وفيما نحن فيه أضاف الضمانَ إلى نفسه؛ حيث قال: بعْه بألفٍ على أني ضامنٌ لك خمسَمائةٍ من الثمن سوى الألف فلزمه.

ولو قال: على أنني ضامنٌ لك خمسَمائةٍ سوى الألف، ولم يقل: من الثمن، ولا من ثمنه، جاز العقدُ بألف، ولا يلزم الضامنَ شيءٌ؛ لأنه لم يضيف الزيادةَ إلى الثمن(٥).

---

(١) أي: المولى.

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٦٤)، بدائع الصنائع (٥/ ٣٥٨)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٧٨).

(٣) عند الشافعية فيه وجهان: حيث يصح في وجه، ولا يصح في آخر، والأصح فساد البيع. ينظر: الحاوي الكبير (٦/ ٥٣٦)، المهذب (١/ ٣٤١)، المجموع (١٤/ ٢٠).

(٤) ينظر: الهداية شرح البداية (٣/ ٧٨)، العناية شرح الهداية (٧/ ١٢٣)، مجمع الأنهر (٢/ ٨٢)، النهر الفائق (٣/ ٥١٤).

(٥) وهو محل اتفاق عند الحنفية، نصَّ عليه الصدر الشهيد في شرحه للجامع الصغير (١/ ٤٤٠).

[الإقالة فسخ أم بيع جديد]

اشترى جاريةً بألف درهم وقبضَهَا، ثم أقال البائعَ على ألفٍ وخمسِمائةٍ، أو على خمسمائة، الأصل في هذه أنَّ الإقالة فسخٌ عند أبي حنيفة، فإنْ تعذَّرَ جعلُهُ فسخًا[١]، بأن حدَثَ بالمبيع مَا يمنعُ الفسخَ، بطلتِ الإقالة، ولا يجعل بيعًا[٢]. وعند أبي يوسف: بيعٌ إلا إذا تعذَّرَ فيجعل فسخًا، وعند محمد: فسخٌ إلا إذا تعذَّر فيجعل بيعًا[٣]؛ لأنَّ الإقالة فسخٌ بحقيقتها لكنها تحتمل البيع، ولهذا تصير بيعًا في حقِّ الثالث، والكلامُ بحقيقته إلا إذا تعذَّر، فيحمل على مجازه[٤]. ولأبي يوسف: أنَّ الإقالة تمليكُ مالٍ بمالٍ، وأنه بيعٌ، فيتمسك بهذا الأصل، إلا إذا تعذَّرَ فيجعل فسخًا.

لأبي حنيفة: أن الإقالة فسخٌ بحقيقتها؛ لأنها تُنْبِئُ على الرَّفعِ والفسخ، فإنه يُقال في الدعاء: اللهمَّ أقلني عثرتي[٥]، أي: ارفع، والفسخُ ضد البيع؛ لأن البيع يُنبئ عن الثبوت، والفسخُ عن الرفع، والرفع ضد الثبوت، والشيء لا يحتمل ضده

(١) وهو الصحيح عند الحنفية، وهو اختيار البرهاني والنسفي، وغيرهم من فقهاء الحنفية. ينظر: اللباب في شرح الكتاب (١/ ١٥١).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٦٤)، مختصر الطحاوي (١/ ٨٤)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٤١)، بدائع الصنائع (٥/ ٣٠٦)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٧٩).

(٣) أي: بيعًا جديدًا.

(٤) قاعدة أصولية سبق بيانها.

(٥) وهو من حديث أبي مصعب عن علي بن حسين وغيره، قالا: كان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «اللهُمَّ أَقِلْنِي عَثْرَتِي، وَاسْتُرْ عَوْرَتِي، وَآمِنْ رَوْعَتِي، وَاكْفِنِي مَنْ بَغَى عَلَيَّ، وَانْصُرْنِي مِمَّنْ ظَلَمَنِي، وَأَرِنِي ثَأْرِي فِيهِ». أخرجه أبو نعيم الأصبهاني، في حلية الأولياء وطبقات الأصفياء (٧/ ٢٥٠)، ابن أبي شيبة، في مصنفه، كتاب الدعاء، باب: ما كان يدعو به النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (٦/ ٥١ ح٢٩٣٩٨).

لا بحقيقته(١) ولا بمجازه، إلا أنا جعلناه بيعًا في حق الثالث؛ لأن فيه زوالَ ملكٍ بإزاء زوال ملك، فإذا أقال بألف وخمسمائة، تصحُّ الإقالة بألف، وتلغو الزيادةُ؛ لأنَّ الرفع لا يتحقق / إلا على الوجه الذي ثبت، والثبوت كان بألف، فيكون رفعُه بألف، أما ثبوتُه ما كان بألف وخمسمائة حتى يرتفع بألف وخمسمائة؛ لأن ذلك لا يكون ارتفاع الثابت، وإنما يكون ارتفاع غيره، فإن أقال بخمسمائة، إن كان بالجارية عيبٌ، جاز، ويجعل خمسمائة حطًّا في مقابلة العيب، وإن لم يكن بها عيبٌ، صارتِ الإقالة بألف ولغا النقصانُ. وعند صاحبيه: تجوز الإقالة بما سمينا في الفصلين، أما عند أبي يوسف؛ فلأنها بيعٌ، وبيعُ ما اشترى بألف وخمسمائة، يجوز، وكذا بخمسمائة، وكذا عند محمد؛ لأنه تعذر جعلُهُ فسخًا، فجعل بيعًا(٢). (٢١٥/ب)

[أقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه]

رجلٌ في يده دارٌ، ادَّعاها رجلٌ أنها له، اشتراها من الذي في يده بألف درهم فنقد الثمن، وأقام البينةَ على ذلك، وادَّعى الذي في يده أنه اشتراها من المدعي بألف درهم ونقد الثمن، وأقام على ذلك بينةً، فهي للذي في يديه في قول أبي حنيفة، وأبي يوسف(٣).

---

(١) ينظر هذا الأصل في: الهداية شرح البداية (٣/ ٥٥)، الغرة المنيفة في تحقيق بعض مسائل الإمام عمر بن إسحق بن أحمد الهندي الغزنوي (١/ ١٥١)، البحر الرائق (٢/ ٣١٩).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٦٥)، مختصر اختلاف الفقهاء، للطحاوى (٣/ ١٠٣)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٧٨)، تبيين الحقائق (٤/ ٧١).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٦٥)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٣٩). شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٨١)، الهداية شرح البداية (٣/ ١٧١).

وقال محمد: هي لِلْمُدَّعِي الخارج، والبيعان جائزان، والألف بالألف قصاصٌ؛ لأنَّ الأصل العملُ بالبينتين إن أمكن؛ لأنها حجةٌ من حجج الشرع، والأصلُ في حجج الشرع العملُ بها ما أمكن، فإن تعذَّر فالترجيح، وإن تعذر فالإهدار، وقد أمكن العمل بهما، بأن يجعل الخارج هو الذي اشترى أولاً، ثم باعها من ذي اليد، ثم اشتراها منه؛ لأنَّ البينتين تثبت وجودَ البيعين، وثبت بالدليل تقدم شراء الخارج؛ لأنا لو جعلنا ذا اليد هو المشتري أولاً ثم الخارج مشتريًا منه، لا يجوز عندي؛ لأنَّ بيعَ العقار قبل القبض، لا يجوز عندي، ولو جعلنا شراء الخارج متقدمًا، جاز شراء ذي اليد منه، ولا يجوز بيعُه منه مرة أخرى، فيحمله على هذا حملاً لأمرهما على الصحة والسداد؛ لأنه هو الواجب، فثبت أنَّ الخارجَ اشترى أولاً وقبضه، ثم باعه من ذي اليد وسلمه إليه.

ولنا: أنه تعذر العملُ بهما؛ لأن الخصمين اتفقا على أنه لم يجر بينهما إلا بيعٌ واحد، وهي ببيعتين، فقد قضى بلا دعوى، وأنه لا يجوز، فتعذر الجمعُ وتعذر الترجيحُ، فتعيَّنَ الإهدارُ، فإذا تَهَاتَرتِ[1] البيِّنَتانِ، عاد الأمر إلى ما كان، وهما متنازعان في شيء في يد أحدهما، فيقضى له قضاء ترك[2].

وقوله: (والألفُ بالألف قِصاص)، عقيب قوله: (والْبيْعان جائزان)، قولهما[3] دون قول محمد؛ لأن عنده جاز البيعان وقبض الثمنين، فلا يتصور المُقَاصَّةُ عنده.

---

(١) تهاترت البينات، إذا تساقطت، وبطلت. ينظر: تهذيب اللغة (٦/ ١٢٨).

(٢) أي: صاحب اليد. وهو الأصح عند الحنفية. ينظر: تحفة الفقهاء (٣/ ١٨٩)، بدائع الصنائع (٦/ ٢٣٤).

(٣) أي: قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وعندهما: لم يثبت البيعان، وثبت قبض الألفين، فيجب ردُّهما إن كانا قائمين، / والمُقَاصَّةُ إن كانا هالكين. (٢١٦/أ)

وإن أقام كلُّ واحد منهما البينة على الشراء والقبض والنقد، فجواب محمد مثلُ جوابهما؛ لأنَّ عنده تعذَّرَ الجمع بين البينتين لمكان ثبوت القبضين، فتعذَّرَ الترجيحُ أيضًا، فتعيَّن الإهدارُ، بخلاف الفصل الأول فإنه لم يمكن الجمع[1].

[اعتبار وطء الأمة قبضًا]

رجلٌ اشترى جاريةً، فزوجها قبل القبض، فوطئها الزوجُ، فهو قبض منه؛ لأنَّ وطء الزوج بتسليطه؛ كوطئه بنفسه[2].

ولو وطئ بنفسه، صار قابضًا، فكذلك إذا وطئ الزوج بتسليطه، وإن لم يطأها، فليس بقبض في الاستحسان. **والقياس**: أن يكون قبضًا؛ لأنه تعييبٌ. **وجه الاستحسان**: وهو أن التعييب ينتقص المالية، والمالية لم تنتقص بالنكاح.

[الاستيفاء في غياب المشتري قبل نقد الثمن]

رجلٌ اشترى عبدًا، وغاب قبل أن ينقد الثمن، فأقام البائعُ البينةَ أن فلانًا اشتراه منه بألف درهم، ولم ينقد الثمنَ، هل يباع العبدُ في دَينه؟

إن كانت غيبته معروفة لا يباع؛ لأنه يمكنه الوصول إلى حقه بدون البيع، وإن كان لا يدري أين هو، أمر[3] ببيعه في دينه إذا طلب ذلك، وليس هذا بقضاء بالشراء على الغائب؛ لأنَّ وضع المسألة فيما إذا باع ولم يسلم، والعبد في يده، فإن لم يبعْ فهو ملكه، له أن يتصرفَ فيه، وإن باعه فبيعه لا يعرف إلا بإقراره، وهو ما أقرَّ إلا بعبدٍ مشغول بحقه؛ فأشبه المرهونَ يباع بدينه، كذا هذا[4].

---

(١) ينظر: تحفة الفقهاء (٣/ ١٨٧)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٨٢)، تبيين الحقائق (٤/ ٣٢٢).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٦٦)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٤٢)، تحفة الفقهاء (٢/ ٤٢)، الهداية شرح البداية (٣/ ٨٧).

(٣) أي: القاضي.

(٤) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٦٦)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٤٢)، الهداية شرح البداية (٣/ ٨٠)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٨٢).

[غياب أحد المشترين قبل نقد الثمن]

رجلان اشتريا عبدًا صفقه واحدةً، فغاب أحدُهما، فللحاضر أن يدفعَ الثمنَ كلَّه ويقبضه، فإذا حضر الغائبُ، لا يأخذه[1] حتى يدفعَ ثمنَ نصيبه إلى شريكه في قول أبي حنيفة، ومحمد[2].

وقال أبو يوسف: إذا دفع كلَّ الثمن، لا يأخذ نصيبَ شريكه، وهو متبرعٌ فيه؛ لأنه قضى دينَ غيره بغير إذنه.

ولنا: أنه مضطرٌ في دفعه؛ لأن الصفقه واحدةٌ لا يمكنه قبض نصيبه إلا بتسليم كل الثمن، فكان مضطرًّا لا متبرعًا، وله أن يرجعَ به عليه؛ كالوكيل بالشراء إذا نقد الثمنَ من عنده رجع به على موكله؛ لأنه ما كان يمكنه قبض المبيع إلا بتسليم الثمن، فكان في تسليمه مضطرًّا، لا متبرعًا.

[رجل تزوج امرأة كرهًا، ثم ظاهر منها]

رجلٌ تزوج امرأةً بغير أمرها، ثم ظاهر منها، فإن أجازت[3]، فالظهار باطلٌ، بخلاف المشتري من الغاصب إذا أعتق، ثم أجاز المالك، حيث يجوز؛ لأن العتق من حقوق الملك؛ لأن العتق إنهاءُ الملك، فجاز أن يتوقف بتوقفه، وينفذ بنفاذه، بخلاف الظهار، فإنه ليس من حقوق ملك النكاح، فلا يتوقف بتوقفه[4].

---

(١) أي: نصيبه من العبد.

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٦٦)، مختصر الطحاوي (١/ ١٢٣)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٤٢)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٨٣).

(٣) أي: النكاح.

(٤) أي: لأن الظهار لم يجعل تحريمًا إلا في المنكوحة جزاء لكذبه، وهو تشبيه المحللة بالمحرمة، وهنا الحِل ما كان ثابتًا وقت التشبيه. ينظر: شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٤٢)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٨٣).

[اشترى جارية بألف مثقال فضة وذهب]

اشترى جاريةً بألف مثقال[1] فضة وذهب، فالنصف من الذهب / والنصف من الفضة، لأنه أضاف الألفَ إليهما على السواء، فيكون منهما على السواء[2]. (٢١٦/ب)

[قضاء الدراهم الجياد بالدراهم الزيوف]

رجلٌ عليه عشرة دراهم جياد، فقضاها الزُيوفًا، ولم يعلم بها القابضُ، فأنفقها، ثم علم، فلا شيء له في قول أبي حنيفة، ومحمد[3].

وقال أبو يوسف[4]: يدفع إليه زيوفًا مثلها، ويأخذ الجيادَ منه؛ لأن حقَّه كان في الجيد، والزيوفُ غيره.

ولنا: أنَّ الزيوف من جنس الجياد، فوقع القضاءُ بها، لكن حقَّه بقي في الجودة، وذلك لا يمكنه تداركه له فناب.

[ما يكون للآخذ، أو صاحب الملك، فيما يقع في ملكه]

طيرٌ فـرَّخ[5] في أرض رجل، أو باض، أو صيدٌ تكنَّس فيها[6]، لم يملكه

---

(١) المثقال لغة: معيار يوزن به الأشياء، ومثقال الشيء ميزانه من مثله. والناس يطلقونه في العرف على الدينار، وفيه تجوُّز لأنه قد يكون أقل أو أكثر، والمثقال بعد ذلك أصبح وحدة، وزن، وهو يساوي درهمًا وثلاث أسباع الدرهم، فكل عشرة دراهم سبعة مثقال. والمثقال ٥٣، ٤ غرام، وعند البعض: ٢٥، ٤ غرام. ينظر: مختار الصحاح (١/ ٤٩)، الإيضاح والتبيان لمعرفة المكيال والميزان تحقيق الخاروف (١/ ٥٧-٥٨، ٨٦).

(٢) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٦٧)، المبسوط (١٢/ ٢٨٨)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٤٣)، الهداية شرح البداية (٣/ ٧٩).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٦٧)، مختصر الطحاوي (١/ ٧٧)، مختصر القدوري (١/ ٩٢)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٤٣)، الهداية شرح البداية (٣/ ٨١).

(٤) قال عيسى بن أبان رَحِمَهُ ٱللَّهُ: رجع محمد إلى قول أبي يوسف. ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٨٥).

(٥) فرخ بمعنى: صار ذا فرخ. وأفرخ الطير: إذا خلت من الفرخ. والفرخ: هو ولد الطائر، وولد كل حيوان يبيض والإفراخ: الانكشاف. ينظر: مختار الصحاح (١/ ٢٣٦).

(٦) تكنَّس فيها أي: ما أعد لنفسه وجعله مكانًا ومأوى. ينظر: المغرب (١/ ٤١٧).

صاحبُ الأرض، وهو لمن أخذه[١]؛ لأنَّ القصدَ منه لم يوجد؛ لأنه لم يعد الأرض لهذا، فأشبه صيدًا تعلق ببساط رجل، أو دخل داره، لا يملكه حتى يردَّ عليه الباب، بخلاف ما إذا نصب شبكة فتعلق بها صيدٌ، حيث يملكه؛ لأنه قصده بذلك، وعلى هذا إذا نثر السُّكر أو الدراهم، فوقعت في حجر رجل، لا يملكه، إلا إذا أعده كذلك أو تهيأ لأخذه أو عطف ذيله عليه.

ولو عَسَّلَ نحلٌ في أرضِ رجلٍ، فالعسلُ لصاحب الأرض؛ لأن العسلَ ليس بصيد، فصار تبعًا لأرضه؛ فأشبه شجرةً نبتت في أرضه، بخلاف البيض، فإنه أصل الصيد، فأَخَذَ حكمَه، فلا يملك إلا بالأخذ، إما مباشرة، أو تسببًا، لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «**الصيد لِمَنْ أَخَذَهُ**»[٢]. ولم يوجد منه الأخذ[٣].

[إعتاق العبد بين اثنين بدون رضى أحدهما]

عبدٌ بين رجلين، اشترى ربُّ العبد نصيب أحدهما وهو موسر، ضمن نصيب شريك البائع؛ لأنه أفسده بإعتاقه بغير رضاه، فيضمن، بخلاف ما إذا اشتريا عبدًا، وهو ابن أحدهما، حيث لا يضمن لشريكه نصيبه عند أبي حنيفة؛ لأنه أفسد نصيبه برضاه، والمسألةُ قد مرت في كتاب العتق[٤].

[حد الرؤية المجزئة في البيع]

اشترى دارًا فرآها من خارجها، فلا خيار له[٥]، وكذلك إذا اشترى ثيابًا مطويةً، فرأى طيها وهي مستوية.

---

(١) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٦٧)، المبسوط (١١/ ٢٥٠)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٤٤)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٨٥).

(٢) قال عنه الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٣١٨): (غريب). وقال ابن حجر في الدراية (٢/ ٢٥٦): «لا أصل له بهذا الإسناد عن أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ».

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٦٧)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٨٦)، درر الحكام (٢/ ٣٢٧).

(٤) ينظر: المبسوط (٧/ ١٢٩)، تحفة الفقهاء (٢/ ٢٦٦)، شرح الجامع الصغير لقاضي خان (١/ ٣٨٦).

(٥) وهو ظاهر الرواية عند الحنفية. قال الكاساني رَحِمَهُ اللهُ بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٤): «وأما الآن فلا بدَّ من رؤية داخل الدار، وهو الصحيح لاختلاف الأبنية في داخل الدور في زماننا اختلافًا فاحشًا، فرؤية الخارج لا تفيد العلم بالداخل».

وكذا إذا اشترى بستانًا، فرأى رؤوس الأشجار؛ لأن رؤيةَ الكل ليست بشرط؛ لأنها متعذرةٌ، وإنما الشرط رؤيةُ بعضٍ يعَرِّفُه الباقي[١].

حتى إنه لو اشترى غلامًا أو جاريةً بعد ما رأى وجهه، لا خيار له؛ لأن رؤيةَ الوجه تعَرِّفُه الباقي، بخلاف ما إذا رأى سائر أعضائه، ولم ير الوجه، فهو على خياره. وكذلك إذا رأى من الدابة مقدمها ومؤخرها، ثم اشتراها، فلا خيار له[٢]، وهذا إذا كان داخل الدار لا يخالف ظاهرها، وبرؤية ظاهرها يعرف باطنها، أما إذا كان باطنها يختلف، فهو على خياره، وإنما أفتى أبو حنيفة في الدار / والبستان بذلك، بناء على عرفهم؛ لأن دور الكوفة كانت على تقطيع واحد، وهيئة واحدة لا تتفاوت إلا في الصغير والكبير، وكذا بساتينها، أما في غيرها إذا كان على خلاف ذلك، لا يبطل خياره؛ لأن رؤية الخارج لا يعرفه ما في الداخل، وكذلك إذا كان طي الثياب يختلف، وغاب عن بصره طي ثوب واحد، فهو على خياره في الكل[٣]. (٢١٧/أ)

---

(١) ينظر: المبسوط (١٣/ ٧٧)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٤)، المحيط البرهاني (٦/ ٥٣٨)، العناية شرح الهداية (٦/ ٣٤٤).

(٢) وعلى قول زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ لا يسقط الخيار بدون رؤية الداخل، وهو اختلاف حجة وبرهان، لا اختلاف عصر وزمان. ينظر: مختصر الطحاوي (١/ ٦٥)، تحفة الفقهاء (٢/ ٨٥)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٤٤).

(٣) ينظر: الجامع الصغير (١/ ٣٦٨)، شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد (١/ ٤٤٤)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٤)، المحيط البرهاني (٧/ ٣٥٨).

فهرس الموضوعات

كتاب النكاح ٥

باب الأَكْفاء.. ٣٠

باب الوكالة في النكاح..................................... ٣٧

باب النكاح الفاسد ٤٠

باب المهر ٤٧

باب نكاح العبد والأمة.................................... ٧٥

كتاب الطلاق............................ ٨٥

باب إيقاع الطلاق.. ٩٦

باب الأيمان في الطلاق ١١٦

باب الكنايات... ١٢٤

باب المشيئة ١٣٧

باب الخلع ١٤٥

باب الإيلاء... ١٥٦

باب الظهار... ١٦٦

باب في طلاق المريض.................................... ١٧٥

باب الرَّجْعَة ١٨٣

باب العِدَّة ١٨٨
وهل تنقضي العدة بوضع الحمل؟ ١٩٦
باب ثبوت النسب ٢٠٣
باب الولد من أحق به ٢١٤
باب الحيض والنفاس ٢٢٧
باب مسائل متفرقة لم تدخل في الأبواب........................ ٢٣١
كتاب العتاق.. ٢٤١
باب الحلف بالعتق ٢٥٣
باب الرجل يعتق أحد العبدين ٢٥٥
باب العتق على جعل ٢٦٢
باب الولاء.. ٢٦٦
كتاب الأيمـان ٢٦٩
باب الدخول والخروج والركوب.. ٢٩٠
باب اليمين في الكلام ٣٠١
باب اليمين في الحين.. ٣٠٨
باب اليمين في العتق ٣١١
باب اليمين في البيع والشراء.. ٣١٧
باب اليمين في الحجِّ ٣٢٠

باب اليمين في اللبس ٣٢٣

باب اليمين في الضرب والكسوة ٣٢٥

باب مسائل شتى متفرقة ٣٢٨

كتاب الحدود ٣٣٣

باب الحدود ٣٣٥

باب الإحصان ٣٤٤

باب: الوطء الذي يوجب الحدّ ٣٤٧

باب الشهادة على الزِّنا ٣٥٥

باب الحد كيف يقام ٣٦٤

بابٌ في القذف ٣٧٠

باب مسائل من السرقة ٣٨٣

كتاب السرقة وقطع الطريق ٣٩١

كتاب السرقة ٣٩٣

باب ما يقطع فيه ٤٠٩

باب في قطع الطريق ٤١٤

كتاب السير ٤٢٣

باب الارتداد واللحاق بدار الحرب ٤٢٥

باب الأرض يُسلِمُ أهلُها عليها أو تفتح عَنوة ٤٤١

باب استيلاء الكفار ٤٤٤
باب: المستأمن ٤٤٩
باب الإسهام للخيل ٤٦٠
باب الحربيِّ يدخلُ دارَنا بأَمَانٍ ٤٦٤
كتاب البيوع ٤٦٧
باب السَّلم ٤٧٥
مَا يجوز بيعُه ومَا لا يجوزُ ٤٩٢
باب ما يُكالُ ويُوزنُ ويُعدُّ ٥١٦
باب اختلاف البائع والمشتري ٥٣١
باب الخيار ٥٤١
الفصل الأول: في خيار الرؤية ٥٤١
الفصلُ الثَّاني: في خيار الشرط ٥٤٦
الفصل الثالث: في خيار التعيين ٥٥٧
باب التولية والمرابحة ٥٦١
باب العيوب ٥٦٧
باب الوكالة بالبيع والشراء ٥٨٢
باب الحقوق ٥٩٠
باب الاستحقاق ٥٩٣

باب في بيع عبد غيره ٥٩٩

بابُ الشُّفْعة ٦٠٣

باب المأذون ٦١١

بابٌ مسائلُ متفرقة ٦١٣

*   *   *

مكتبة إسماعيل للنشر والتوزيع
- بريطانيا -

الموزّعون المعتمدون

الجمهورية العربية اللبنانية
مكتبة إسماعيل - بيروت
+447557668690
مؤسسة الضحى -بيروت
+9613943461

المملكة العربية السعودية
مكتبة الراوي - المدينة المنورة
مكتبة الزاد العلمي - المدينة المنورة
مكتبة النصيحة
مكتبة الأسدية - مكة المكرمة
مكتبة الإمداد العلمي مكة المكرمة

المملكة الأردنية الهاشمية
مكتبة الغانم - عمان
+962799170301

الجمهورية العربية السورية
دار المعراج - دمشق
+963933396811

الجمهورية العربية المصرية
دار الخير للنشر والتوزيع
+201022176327
www.daralkhair.com

دولة قطر
مكتبة نقطة لبيع الكتب
+97430668115

الإمارات العربية المتحدة
مكتبة السلام - الشارقة
+971557000719

دولة الكويت
مكتبة الإمام الذهبي
+96522657806
مكتبة اقرأ كويت
+96599836372

المملكة المغربية
دار الأمان - الرباط
+212661202856
منشورات البشير بلعطيه - فاس
+212621920071

الجمهورية التركية
مكتبة الإرشاد - إستانبول
+905324520104
دار الكتب العربية - إستانبول
+905345271768

الهند
مكتبة باب السلام - سهارنفور
+919837303252

جمهورية باكستان
مكتبة خير جليس
+923219968749

جمهورية جنوب إفريقيا
مكتبة الإمام البخاري - جوهانسبرغ
+27848786078
مكتبة الإمام الطحاوي - حرين
+27827863931

جميع منشوراتنا متاحة على
موقع نون للدراسات
www.noonpublishers.com
موقع مكتبة إسماعيل للنشر والتوزيع
www.Ismaeelbooks.com

مكتبة إسماعيل للنشر والتوزيع

- بريطانيا -

إصدارات

نظرة العجلان
في أغراض القرآن
بمناسبات آياته، ووحدة الموضوع في سوره

بقلم
محمد بن كمال أحمد الخطيب

اعتنى به
د. أبو سهل محمد سعد شيخ رحمت الله

منهل الهداة
إلى
معدل الصلاة

[illegible]
[illegible]
[illegible]

[illegible]
معدل الصلاة

[illegible]
محمد بن بير علي البركلي الرومي الحنفي
المتوفى سنة ٩٨١ هـ

دراسة وتحقيق
عبد الله ناناه الأمريكي

راجعه
د. أبو سهل محمد سعد شيخ رحمت الله

مطلب الناسك
في
علم المناسك

تأليف
الإمام أبي عبد الله شهاب الدين التوربشتي
المتوفى رحمه الله سنة: (٦٦١هـ)

دراسة وتحقيق
سيد بن محمد السناري

تحت إشراف وتوجيه الأستاذ
مفتي عبد الله ناناه الهندي الأمريكي

فضائل الصلاة والسلام
على
خير الأنام
صلى الله عليه وسلم

تأليف
[illegible]
محمد زكريا بن محمد يحيى الكاندهلوي المدني
المتوفى سنة ١٤٠٢ هـ

[illegible]
الشيخ حبيب الله قربان الظاهري المدني [illegible]

وتليها بقلم المؤلف
رسالة في (ذكر الموت)

[illegible]
[illegible]

مكتبة إسماعيل للنشر والتوزيع

- بريطانيا -

إصدارات

داعي منار البيان لجامع النسكين بالقرآن

المعروف بـ

مناسك ابن أمير حاج

تأليف

الفقيه المؤرخ المفسر

الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن محمد

الشهير بابن أمير حاج الحلبي الحنفي

المتوفى سنة ٨٧٩ هـ

تحقيق

د. [illegible]

المسائل الشريفة في أدلة أبي حنيفة

للإمام الفقيه شيخ الإسلام

أبي عبد الله محمد بن عبد الله العبسي المقدسي المعروف بابن الديري

المتوفى ٨٢٧ هـ

حققه وعلق عليه

فضيلة الشيخ العلامة المحدث

لطيف الرحمن البهرائجي القاسمي

طبع لأول مرة على نسختين خطيتين

أول طبعة كاملة محققة مخرجة

الحصن الحصين من كلام سيد المرسلين

مع حاشيته النفيسة

مفتاح الحصن الحصين

كلاهما

للإمام محمد بن محمد ابن الجزري

(ت ٨٣٣ هـ)

تمتاز هذه الطبعة للحصن الحصين بكونها

حققت على عدة نسخ خطية نفيسة، منها نسخة قرئت على المؤلف وعليها خطه

ومعها حاشية المؤلف تنشر لأول مرة

تنزل الرحمات

بقراءة آية الكرسي عقب المكتوبات

تأليف

عثمان بن فيروز

تقديم

الشيخ محمد [illegible] الخطيب الحسني

ويليه

جزء

في الكلام على حديث [illegible]

[illegible]

للإمام

تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي

[illegible]

تحقيق

عثمان بن فيروز

مكتبة إسماعيل للنشر والتوزيع
- بريطانيا -

إصدارات

رفع النقاب عن كتاب الشهاب

للإمام زين الدين محمد عبد الرؤوف بن علي المناوي الشافعي

رحمه الله ت ١٠٣١ هـ

وهو شرح نفيس ومميز على «شهاب الأخبار» للإمام محمد بن سلامة

القضاعي رحمه الله (ت ٤٥٤ هـ)

تكلم فيه الشارح على ألفاظه ومعانيه، وبيان أسانيده وتخريجه

حققه وعلق عليه

د. أبو سهل محمد سعد شيخ رحمت الله

أخبار القاضي منذر بن سعيد البلوطي وسيرته

تصنيف

الإمام الحافظ

أبي عمر يوسف ابن عبد البر النمري الأندلسي

(المتوفى رحمه الله سنة ٤٦٣ هـ)

يطبع لأول مرة عن نسخة خطية فريدة

قدم له واعتنى به